

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DANIEL ALOIS MARTINS

**RESPONSABILIDADE CIVIL-AMBIENTAL DO ESTADO POR OMISSÃO:
CONTORNOS JURÍDICOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

CURITIBA

2016

DANIEL ALOIS MARTINS

**RESPONSABILIDADE CIVIL-AMBIENTAL DO ESTADO POR OMISSÃO:
CONTORNOS JURÍDICOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno Daniel Alois Martins ao Programa de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Ambiental como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Edson Luiz Peters
Co-Orientadora: Prof. Me. Jaqueline de Paula Heimann

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL ALOIS MARTINS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: CONTORNOS JURÍDICOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno Daniel Alois Martins ao Programa de Pós-Graduação lato sensu em Direito Ambiental como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Ambiental, pela seguinte banca examinadora:

Dr^a. Samantha Ribas Teixeira

Dr. Alessandro Panassolo

Ao amigo de todas as horas e lugares, Cristiano Luiz Girardelli de Barros.

AGRADECIMENTOS

A meu pai, Efigênio Márcio dos Santos Martins, pois, sem seu apoio, este trabalho seria inviável.

À minha querida mãe, Ângela Máxima de Freitas, cujo carinho e atenção sempre me proporcionaram o melhor de todas as conquistas.

A todos os servidores, professores e colegas da Universidade Federal do Paraná.

“Aqua currit et debet currere, ut currere solebat”

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a eventual existência de divergência jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca do regime jurídico aplicável à responsabilização civil-ambiental do Estado por descumprimento omissivo de suas atribuições em matéria de controle e fiscalização. Para tanto foi realizado o levantamento de todos os pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça em que foi suscitado o tema da responsabilidade do Estado por danos ambientais por omissão, seu regime jurídico e suas consequências. Os julgados foram submetidos ao exame crítico das premissas teóricas que lhes dão sustentação, tendo sido, em seguida, realizada a sistematização dos entendimentos encontrados. Como marcos teóricos foram utilizadas as diferentes doutrinas construídas em torno do tema da responsabilidade civil do Estado, tanto de matiz subjetivo (falta de serviço), quanto objetivo (teorias do risco), podendo-se citar, especialmente, as de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia di Pietro e Marçal Justen Filho. O presente trabalho pode ser classificado, portanto, como jurídico-descritivo ou jurídico-compreensivo, com metodologia fundamentalmente jurídico-teórica.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado por omissão, dano ambiental, análise jurisprudencial

ABSTRACT

The present paper purports to investigate the eventual occurrence of judicial disagreement within the realm of Superior Court of Justice precedent law as regards the legal regime applicable to State liability for breach of its duties relating to environmental control and inspection. To this aim, a comprehensive survey of all pertinent Superior Court of Justice decisions, in which the issue of State liability for breach of environmental duties was discussed, was carried out. The precedents thus found were submitted to a critical examination of their underlying doctrinal assumptions and, subsequently, systematized according to this theoretical basis. As theoretical frameworks, the various doctrines put forward around the theme of State liability, both by fault and by risk, were employed, given especial mention to the ones developed by Brazilian legal scholars Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia di Pietro and Marçal Justen Filho. This work can be classified as legal-descriptive or legal-comprehensive in nature, based primarily on a legal-theoretical methodology.

Keywords: State liability for omissions, environmental harm, precedent analysis

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Relação dos acórdãos
selecionados com classificação do
regime de responsabilidade adotado

pág. 67

Tabela 2 - Relação dos acórdãos
selecionados com classificação da
teoria operante nas razões de decidir

pág. 73

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OBJETIVOS.....	18
2.1. OBJETIVO GERAL	18
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	18
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	19
3.1. O INÍCIO: ERAS DA IRRESPONSABILIDADE E DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	19
3.2. O DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO.....	26
3.3. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE POR RISCO: O RISCO-PROVEITO, O RISCO-CRIADO, O RISCO ADMINISTRATIVO E O RISCO INTEGRAL	32
3.4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO.....	36
4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	43
4.1. RECURSO ESPECIAL Nº 28.222/SP – 15 DE OUTUBRO DE 2001	44
4.2. RECURSO ESPECIAL Nº 604.725/PR – 22 DE AGOSTO DE 2005	47
4.3. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 822.764/MG – 02 DE AGOSTO DE 2007	50
4.4. RECURSO ESPECIAL Nº 647.493/SC – 22 DE OUTUBRO DE 2007.....	52
4.5. RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741/SP – 16 DE DEZEMBRO DE 2010	56
4.6. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.417.023 – 25 DE AGOSTO DE 2015.....	65
5. SISTEMATIZAÇÃO DOS ACHADOS E TESTE DE HIPÓTESE.....	67
6. CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS.....	77

1. INTRODUÇÃO

A problemática do meio ambiente avulta na contemporaneidade como questão de grande relevância, ocupando um lugar de destaque nas agendas científica, jurídica e política, nacionais e internacionais. A crescente atenção dispensada à matéria é devida à recente constatação de que o mundo contemporâneo atravessa uma crise ambiental generalizada e sem precedentes (KURUKULASURIYA; ROBINSON, 2006). Evidenciou-se que a deterioração do meio ambiente causada pela atividade humana vem ameaçando, de forma cada vez mais severa, as fontes naturais de recursos indispensáveis à vida como um todo, esgotando os de natureza não-renovável e afetando os processos geocológicos responsáveis pela reposição dos renováveis.

Como consequência, a urgência no enfrentamento da questão ambiental foi finalmente reconhecida. Despertou-se a consciência de que uma ação vigorosa, abrangente e multifacetada – o que incluiria uma drástica reconsideração dos padrões vigentes de produção, consumo e disposição de resíduos – era indispensável para a preservação da capacidade de sustentação da vida no planeta e para se minimizar o risco de que as gerações futuras possam vir a sofrer privações relacionadas a escassez de recursos, decorrentes do modo de vida ambientalmente ineficiente da geração contemporânea.

A maior parte dos problemas ambientais, porém, conforme logo se constatou, possuía natureza transnacional – as soluções deveriam ser buscadas em âmbito regional ou global (KURUKULASURIYA; ROBINSON, 2006). Esta conclusão reforçou ainda mais este processo de conscientização, provocando um movimento de convergência internacional, mobilizando lideranças políticas e da sociedade civil, juristas e membros da comunidade científica, que veio a culminar, em junho de 1972, com a realização, em Estocolmo, na Suécia, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, a qual foi concluída com a publicação da famosa e pioneira Declaração de Estocolmo, que incluía, exemplificativamente, entre seus 26 princípios, a preocupação com a preservação dos recursos naturais, renováveis ou não, o reconhecimento da relação entre desenvolvimento e qualidade do meio ambiente e a relevância da educação ambiental para a sustentabilidade (ONU, 1972).

A discussão ali inaugurada vai se consolidando progressivamente, vindo a alcançar, em 1987, sua expressão mais madura e acabada com a sintética definição de desenvolvimento sustentável, encontrada no Relatório Nosso Futuro Comum da Comissão Brundtland, o qual o entendia como aquele apto a “assegurar o atendimento das necessidades da geração presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades¹” (ONU, 1987, p. 16). O documento também reitera a natureza interdependente da crise ambiental ao afirmar que as diferentes “crises” verificadas à época estavam entrelaçadas, constituindo manifestações apenas aparentemente dispersas de uma única crise do conjunto (ONU, 1987).

Esta conceituação do desenvolvimento sustentável se firmou como o núcleo a partir do qual foi – e vem sendo – erigido todo o edifício do Direito Ambiental contemporâneo, tanto na seara internacional, quanto também no âmbito interno das nações civilizadas. Seus ecos são encontrados, por exemplo, no princípio nº 3, da Declaração do Rio/92, a qual estabelece que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras” (ONU, 1992, p. 1).

O Brasil, vale dizer, é um país que se deixou embalar por este movimento de conscientização político-ambiental. Ainda antes da publicação do Relatório Brundtland, mas já como consequência da mobilização internacional iniciada pela Conferência de Estocolmo, foi criada, 1973, no âmbito da Administração Pública Federal, a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA, vinculada, à época, ao antigo Ministério do Interior. É apenas em 1981, porém, que se tem o primeiro grande desdobramento jurídico da questão no país, com a edição, em 31 de agosto de 1981, da Lei nº 6.938/81, pedra de toque do Direito Ambiental brasileiro, que instituiu, entre nós, uma Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e implementação e criou um Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) – instituindo, como órgão de cúpula em âmbito federal, ao lado da SEMA, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Quatro anos após, o sistema instituído por esta lei foi complementado pelo importantíssimo instrumento

¹O texto original diz: “*Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”.

de tutela coletiva que é a Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, que incluiu, em posição de preeminência, bem no inciso I de seu art. 1º, o meio ambiente no rol de interesses coletivos por ela protegidos. Em 1989, são criados o Ministério do Meio Ambiente, o Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, autarquia federal vinculada àquele.

Estes foram apenas os primeiros desdobramentos jurídicos da questão ambiental no Brasil, os primeiros tijolos em que vieram a se assentar, posteriormente, leis como a de nº 9.433/1997, dispondo sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos; a lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que suplementou o sistema de tutela inaugurado pela Lei da Ação Civil Pública, estendendo seu âmbito, agora, para as searas penal e administrativa; a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação; a Lei nº 11.105/2005, sobre Biossegurança e Organismos Geneticamente Modificados – OGM; a de nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos; o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) e, mais recentemente, a Lei nº 13.123/2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Na implementação de todo este edifício legal e da complexa constelação de normas que dele se originou nos três níveis de governo da Federação, fica de imediato evidente o papel central a ser desempenhado pelo Estado na execução eficiente da política ambiental que estes documentos normatizam. No intuito de assegurar a mais plena satisfação deste compromisso, a Constituição Federal de 1988, a par de, pela primeira vez em nossa história constitucional, dedicar um Capítulo inteiro à questão ambiental (Capítulo VI, do Título VIII – Da Ordem Social) – no qual fica expresso o dever, a cargo “do Poder Público e da coletividade”, de zelar pelo “meio ambiente ecologicamente equilibrado” – tratou de enumerar, em seu próprio texto, no art. 225, incumbências precisas do Estado, bem como alguns instrumentos de ação a ele desde logo disponibilizados para a consecução deste objetivo. Demais disto, o art. 23 da Constituição, nos incisos VI e VII, reforça o rigor desta obrigação ao estabelecer que a proteção do meio ambiente, o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, da fauna e da flora constituem competência comum, a cargo, conjuntamente, de todos

os três níveis de governo, expressão da seriedade que o povo brasileiro, na Assembleia Constituinte, atribuiu à questão.

Se há dever, há de haver responsabilização pelo seu descumprimento. E esta, em matéria ambiental, se submete ao regime objetivo. A técnica da responsabilidade sem culpa é consectário, por um lado, da grande severidade de que se reveste a lesão ao meio ambiente, que tem dimensão intergeracional – conforme relembra o pioneiro de nossas letras jus-ambientalistas, Paulo Affonso Leme Machado:

A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. (MACHADO, 2015, p. 406)

Decorre, por outro lado, da aplicação dos princípios da reparação *in integrum* e do *favor debilis*: a restauração integral e efetiva do meio ambiente deve possibilitar a inclusão, no polo passivo da ação judicial, de todos os que tenham, de qualquer forma, contribuído para a causação do dano, independentemente de haver prova de culpa do perpetrador, bastando que reste demonstrado, para haver a imputação, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano ocasionado.

Tem-se, como efeito prático, uma desoneração probatória da sociedade vitimada e uma autêntica e intencional ruptura do tradicional “sistema de igualdade processual das partes”, na expressão de Antunes (2011, p. 252), o que não representa, a bem da verdade, desigualdade, senão que aplicação da antiga fórmula da isonomia material, segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Propositada discriminação positiva do meio ambiente e das gerações futuras, partes indiscutivelmente indefesas desta equação.

Embora a teoria objetiva, em matéria ambiental, já viesse sendo pacificamente aplicada pela jurisprudência nacional antes de sua edição, foi a Lei nº 6.938/81 que, em seu art. 14, § 1º, a introduziu formalmente em nosso ordenamento jurídico no plano legislativo (MACHADO, 2015). Referida lei não discrimina quanto ao autor do dano no tocante à sua aplicabilidade: neste sentido, pode-se supor, com segurança, que tanto o particular, pequeno ou grande, poderoso ou não, quanto o Estado, administração direta ou indireta, em qualquer nível de governo, respondem

perante a sociedade em igualdade de condições quando acusados da prática de um ilícito ambiental, inclusive de forma solidária.

Do quanto exposto até aqui, pode-se concluir, por um lado, que o Estado foi alçado, à posição de “guardião-maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado”, na expressão do Min. Herman Benjamin, no julgamento do recurso especial nº 1.071.741 (BRASIL, 2010b); de outra banda, o regime a que se sujeita, quando tido à conta de poluidor, como de resto sucede a qualquer outra espécie de agente, é o objetivo. A junção destas duas assertivas sugere um panorama de singela e indiscutível objetividade, imune a questionamentos: é sempre objetiva a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental. Aprofundando-se no assunto, porém, logo se desvela um cenário de considerável incerteza, e isto se deve a uma constatação elementar: a responsabilidade do Estado, na prática do contencioso judicial, não será tão frequentemente invocada quando este é autor direto e material de uma lesão ao ambiente, como quando este alegadamente falhou em impedir este mesmo dano. Em outras palavras, a responsabilidade patrimonial do Estado, é fácil antever, será com mais frequência trazida à baila quando este se omite em seu dever de fiscalização e controle das atividades de impacto ambiental, não quando o Poder Público, por ação própria, atenta diretamente contra o meio ambiente.

Gravita, assim, preponderantemente, em torno das omissões da Administração Pública, a temática da sua responsabilidade civil-ambiental. Esta situação é esperada, se considerarmos o vigoroso processo de desmonte da posição do Estado como agente econômico, a partir do lançamento do PND – Programa Nacional de Desestatização, que deu início à onda de privatizações dos anos 1990², e à contemporânea reformulação de seu papel na economia, tendente a lhe destinar a função de responsável, preferencialmente, pela regulação, fiscalização e fomento das atividades econômicas. Esta orientação, que recebe o nome de princípio da subsidiariedade, vem atualmente expressa na CF/88 que, em seu art. 171, dispõe que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado”,

²Segundo estudo desenvolvido no âmbito Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, “no Brasil, as privatizações iniciaram-se lenta, gradualmente e de forma incipiente, tomando impulso apenas com o lançamento do PND em 1990. Tal programa, principal instrumento no processo de privatizações no Brasil, está inserido num contexto de racionalização de recursos públicos, desregulamentação da economia, redução do tamanho e redefinição do papel do Estado. Nesse sentido, o Estado deixaria de atuar diretamente em áreas como indústria, infraestrutura e serviços, passando à iniciativa privada a responsabilidade pelos elevados investimentos requeridos. O Estado passaria, então, a atuar como regulador e fiscalizador de serviços públicos essenciais como as telecomunicações e os serviços” (CARVALHO, 2001, p. 3).

ressalvados os casos previstos na própria Constituição, “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Afastado assim o Poder Público da vida econômica, é natural que não lhe restem tantas oportunidades para, por ato próprio, investir diretamente contra o meio ambiente. Remanesce, porém, a sua função regulatória, de controle e fiscalização, e para tanto a lei lhe reserva instrumentos de caráter preventivo, tais como o monopólio para a concessão de licenças ambientais, a exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a definição de espaços territoriais especialmente protegidos, o controle e o zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras, os cadastros técnicos de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais, bem como as inúmeras medidas e penalidades administrativas, de natureza auto-executória, previstas no Decreto Federal nº 6.514/2008, que incluem a aplicação de multas, a suspensão da atividade, o embargo e a demolição de obras, além de sanções restritivas de direito como a suspensão de registro, licença ou autorização, a perda de benefícios fiscais, a proibição de contratar com a Administração Pública, etc. O desempenho da Administração Pública na utilização destes instrumentos concentra as maiores probabilidades de sua responsabilização na seara ambiental.

Ora, assim caracterizado o papel do Estado, como eminentemente de controle e fiscalização, a que se deve o cenário de incertezas a que aludimos acima? Afinal, o regime geral de responsabilidade civil a que se sujeita o Estado pela prática de qualquer dano, assunto que teremos oportunidade de revisitar mais adiante, já é o objetivo, a teor do art. 37. § 6º, da Constituição Federal³: neste sentido, pouco viria a acrescentar ao tema as previsões contidas na Lei nº 6.938/81: as inovações por ela introduzidas consistiriam, pura e simplesmente, no estender *também ao particular* este mais rigoroso sistema de imputação de responsabilidade, especificamente na matéria ambiental.

Ocorre, todavia, que, em doutrina e jurisprudência, há um já tradicional posicionamento favorável a excepcionar-se, deste regime objetivo, a disciplina das omissões estatais. Conforme veremos no decorrer deste trabalho, esta é a posição

³In verbis: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

defendida por estudiosos do porte dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia di Pietro, que propugnam – com grande sucesso, dada a popularidade de seus livros e a reputação e prestígio de que gozam em meio à comunidade jurídica – a tese de ainda ser aplicável, nesta hipótese particular, ou seja, a da disciplina das omissões estatais, o regime da falta de serviço. Ora, esta tão difundida concepção dualista, segundo a qual o Estado responde objetivamente por ato comissivo e subjetivamente por ato omissivo, associada ao mencionado processo de retirada do Poder Público da cena econômica, constitui o primeiro indício de ruptura da equação que identifica a responsabilidade civil-ambiental do Estado com o regime objetivo.

A problematidade potencial desta assertiva, porém, só desperta interesse como uma hipótese merecedora de investigação ao se constatar que o Superior Tribunal de Justiça, Corte encarregada da uniformização da interpretação da lei federal, já se posicionou, favoravelmente, tanto à tese dualista em matéria de omissão estatal associada a um dano ambiental (por ocasião do julgamento do recurso especial nº 647.493, em 2007), quanto também à posição contrária, segundo a qual seria sempre objetivo o regime de responsabilidade, inclusive em se tratando de omissões (a exemplo, o recurso especial nº 1.071.741, de 2010). Ambos os pronunciamentos são oriundos da mesma Turma julgadora, sendo indicativos de um dissenso havido no seio da Corte Superior atinente à matéria.

Ora, por tudo quanto foi dito, parece dispensável tecerem-se considerações acerca da relevância da aparente divergência. Suportando o Estado tantas e tão importantes incumbências no terreno da proteção do meio ambiente, e sendo estas, como visto, de caráter eminentemente preventivo, de controle e fiscalização, salta aos olhos que qualquer discordância jurisprudencial no tocante ao regime de responsabilização do Poder Público por inércia nesta seara pode vir a acarretar sérias consequências à efetividade da tutela ambiental – principal objetivo colimado pelo ordenamento jurídico-ambiental como um todo.

Não se pode ignorar, de outra banda, o largo impacto exercido pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de intérprete uniformizador da legislação federal: é certo que os sujeitos de direito amoldam suas condutas também conforme a sinalização que lhes emitem os órgãos encarregados da interpretação da lei. Neste sentido, afigura-se imprescindível que o Tribunal da Cidadania emita mensagens claras e inequívocas à Administração Pública – federal,

estadual e municipal – para que esta, conhecedora das regras definidoras de sua atuação e de todos os contornos legais de seu regime de responsabilidade, possa, em um ambiente de previsibilidade e segurança jurídica, levar a bom termo a execução das tarefas a ela confiadas pelo edifício normativo que constitui o Direito Ambiental brasileiro.

Para examinar a questão, partimos da hipótese de haver um dissenso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no que respeita ao regime jurídico aplicável à responsabilização civil-ambiental do Estado por omissão no cumprimento de suas atribuições de controle e fiscalização. Será dado inicialmente um enfoque histórico ao instituto da responsabilidade civil do Estado e, posteriormente, realizada uma exposição das principais teorias elaboradas em torno deste assunto – em ambos os momentos, buscar-se-á subsídios teóricos para uma mais esclarecida compreensão do objeto da investigação, conforme constante da Seção 3 do trabalho.

Os objetivos, geral e específicos, da presente investigação, constam da Seção seguinte.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GERAL

Averiguar a eventual existência de dissídio havido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do regime jurídico aplicável à responsabilização civil-ambiental do Estado por descumprimento omissivo de suas atribuições em matéria de controle e fiscalização.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Realizar o levantamento de todos os pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça em que foi suscitado o tema da responsabilidade do Estado por danos ambientais por omissão, seu regime jurídico e suas consequências;

Proceder ao exame das premissas teóricas que dão sustentação aos ditos pronunciamentos, realizando-se um esforço de sistematização dos entendimentos encontrados e concluindo-se, ao fim, quanto à efetiva existência de dissenso jurisprudencial naquelas instâncias julgadoras. O desenvolvimento destes objetivos consta das Seções 4 e 5 da presente investigação.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1. O INÍCIO: ERAS DA IRRESPONSABILIDADE E DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Em breve retrospecto histórico atinente à matéria objeto do presente estudo, convém, logo de início, salientar o quão recentemente ela se apresenta à reflexão jurídica no mundo ocidental. Para Bandeira de Mello (2014, p. 1019), “na origem do Direito Público em geral vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado”. A noção segundo a qual o Poder Público deva responder aos danos ocasionados por sua conduta, embora tão natural nos pareça na atualidade, apenas logrou consolidar seu espaço na consciência jurídica ocidental após travar uma luta secular e turbulenta, a qual, não sendo pouco vigorosas as forças que lhe fizeram oposição, foi marcada por passos tímidos, em um caminhar gradual, embora seu sentido, em retrospecto, tenha sido o de uma constante ampliação e alargamento da responsabilidade pública e, conseqüentemente, da proteção destinada aos interesses dos particulares submetidos à ação estatal.

Segundo a pesquisadora inglesa Harlow (1979), em tese de doutoramento⁴, até os últimos anos do séc. XVIII os obstáculos para o acionamento judicial do Estado Soberano se situavam em três diferentes planos: processual, jurídico-material e político. Processualmente, a especial posição do Monarca como fonte da justiça já constituía, de *per se*, nítido impedimento à noção de que este poderia ser colocado no banco dos réus. Na França, a doutrina da *justice retenue* sempre houvera permitido ao Rei cassar sentenças judiciais de cortes comuns, seja ao avocar os feitos ao seu Conselho Real, seja ao redistribuí-los a jurisdições especializadas ou, por vezes, a cortes de exceção.

Na Inglaterra, de outra banda, ações judiciais por descumprimento contratual e responsabilidade civil só puderam ser direcionadas normalmente à Coroa a partir da promulgação do *Crown Proceedings Act*, de 1947. Conforme relembram Bradley e Ewing (2003), anteriormente à instituição deste regime, ações contra o Estado só poderiam ser ouvidas pelas cortes se ao autor fosse deferido,

⁴Apresentada à *The London School of Economics and Political Science* (LSE).

pelo Monarca, um *petition of right*, caso em que o prosseguimento da ação era endossado com as palavras *fiat justitia*, ouvido o conselho do Procurador-Geral.

Sob o aspecto jurídico-material, o sentido adquirido pelas expressões “*the King can do no wrong*”, análoga à francesa “*le Roi ne peut mal faire*”, também constituía um óbice aparentemente intransponível (HARLOW, 1979, p. 12). A terminologia utilizada à época, e ainda hoje, pelos teóricos civilistas, que inclui termos como “ato ilícito”, “delito” (França), “*tort*” e “*trespass*” (Inglaterra), ajustados ao paradigma então dominante da culpa como critério de aferição da responsabilidade entre civis, contém uma inequívoca conotação pejorativa que remete a injustiça, infração, transgressão, pecha que não parecia aceitável fosse suportada pelo Soberano.

Por fim, sob o ângulo político, as construções teóricas em torno da Soberania, entendida como atributo fundamental do Estado-Nação, também indicavam uma incompatibilidade com a responsabilidade estatal. A soberania era concebida como fonte de autoridade e poder absolutos. Harlow, (1979, p. 12) relembra que o conceito de soberania, em definição antiga e influente, do clássico “Seis livros da República”, de Jean Bodin, consistia no “poder absoluto e perpétuo de comandar o Estado, dado ao Príncipe sem quaisquer encargos ou condições”. A imposição ao Estado da responsabilidade pelo ilícito constitui, sem dúvida, um “encargo ou condição”, razão por que apenas a doutrina da irresponsabilidade podia se reconciliar plenamente com esta visão política tradicional.

Ora, toda a posterior evolução da temática da responsabilidade civil do Estado, cujos pontos fundamentais recapitularemos adiante, pode ser descrita pelos esforços, nem sempre bem-sucedidos, de superação desta tríplice barreira. Para os fins deste breve esboço histórico, tomaremos de pano de fundo a trajetória do Direito Francês, em razão de ter sido sobretudo através da construção pretoriana do *Tribunal des Conflits* e do *Conseil d'État* que o instituto de que cuidamos teve lançados seus principais contornos. Assim sendo, sem descurar da evolução da matéria em solo nacional, passamos doravante a dar especial destaque aos marcos fundamentais da evolução deste instituto no Direito daquele país.

Um capítulo importante desta história foi inaugurado pela Constituição do Ano VIII (ano 1799 da Era Cristã). Se este obscuro e efêmero documento, outorgado por Napoleão Bonaparte logo após o golpe do 18 de Brumário (9 de novembro) daquele ano, por um lado, marcou o fim da Revolução Francesa, concentrando todo

o poder executivo nas mãos de seu autor, inovou, por outro, ao autorizar, embora por via de linguagem marcadamente restritiva, a responsabilização de “agentes do governo, com exceção dos Ministros”, ao estabelecer que estes poderiam ser chamados a responder por “atos relativos a suas funções”. Tal somente ocorreria, porém, “em virtude de decisão do Conselho de Estado”, ou seja, após despacho autorizativo do Tribunal Administrativo recém-instituído para lidar com litígios atinentes à Administração Pública. Obtida tal permissão, prosseguia o vetusto texto, “o pleito se processa perante os tribunais ordinários⁵” (CONSULAT FRANÇAIS, 1799).

Em comentário a este dispositivo, deve-se atentar para o fato de que a responsabilidade ali instituída se limitava à *pessoa do servidor do Estado* no exercício de múnus público, sendo a regra apenas aplicável às hipóteses em que o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a uma conduta *pessoal* deste. Para Bandeira de Mello (2014), este artigo representou um temperamento, embora paliativo, do princípio da irresponsabilidade, sua eficácia decerto comprometida não apenas pela “pequena expressão do patrimônio que deveria responder”, como também pela “garantia administrativa dos funcionários”, representada pela necessidade de prévia autorização do Conselho, o qual “raramente a concedia”.

Não tardou, com efeito, a que a norma passasse a ser utilizada com o propósito de acobertar escândalos administrativos. Tal resultou, na prática, segundo Harlow (1979), no gozo, pelo funcionalismo público francês, de uma imunidade ainda mais abrangente que aquela usufruída pela Coroa britânica, sendo certo que neste último país a responsabilização pessoal do servidor já vinha sendo admitida. Por este motivo, durante o período de vigência da regra, perdurou um sentimento de insatisfação que desaguou em diversas tentativas de sua ab-rogação.

Estes esforços só viriam a frutificar com a edição do Decreto de 19 de setembro de 1870, época em que já há muitos anos não mais estava em vigor a Constituição do Ano VIII e a norma de garantia era recepcionada com *status* de norma infraconstitucional (BANDEIRA DE MELLO, 2014). O propósito ostensivo deste ato do então Governo Provisório foi o de abolir todas as disposições legais

⁵Texto original: “Article 75. Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires”.

que tivessem por objetivo obstar o ajuizamento de ações contra qualquer categoria de servidor público (HARLOW, 1979).

Nada obstante tal evolução legislativa, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado como um princípio de Direito Público, independentemente de qualquer previsão legal, somente começou a assumir contornos concretos, ainda que embrionários, com a prolação, no ano de 1873, do aresto do caso Blanco, quando uma criança foi atropelada e ferida por um vagão pertencente a uma indústria estatal de tabaco. Os pais da criança acionaram o condutor e o Estado como corresponsáveis perante uma corte civil. O magistrado declinou de sua competência e o *Tribunal des Conflits* foi instado a decidir se o litígio tocava à alçada da jurisdição administrativa ou àquela da jurisdição civil.

A jurisprudência da Corte de Conflitos, até aquele momento, indicava que o Estado, enquanto participante de relações normalmente reguladas pelo Direito Privado (situação abrangida pelas operações de uma fábrica de tabaco), devia se sujeitar à jurisdição civil. Naquela ocasião, porém, o Tribunal alterou este raciocínio, tendo firmado que as cortes administrativas detinham, em princípio, competência para conhecer de qualquer caso que envolvesse o funcionamento do serviço público, sob pena de infringência ao princípio (tão caro aos franceses) da separação dos poderes (HARLOW, 1979).

O aresto assentou que o regime jurídico regente das relações do Estado com seus empregados diferia das relações de Direito Privado; a responsabilidade do Estado, portanto, não poderia ser “nem geral, nem absoluta” e se regulava por normas especiais (BANDEIRA DE MELLO, 2014), sendo certo que permitir às cortes civis desenvolver tais normas propiciaria a tão abominada interferência do Judiciário nos assuntos da Administração. O desenvolvimento de tais regras, sempre em atendimento às necessidades do funcionalismo e sua reconciliação com o interesse público com os interesses dos particulares incumbia, portanto, unicamente às cortes administrativas, missão à qual apenas elas eram capacitadas.

No também paradigmático caso Pelletier, também de 1873, que envolvia pretensão indenizatória pela apreensão ilegal de cópias de um jornal por um agente de polícia, ficou estabelecido que servidores públicos poderiam ser processados pelas cortes civis apenas quando suas ações não se enquadrassem como um “ato administrativo”, isto é, quando o agente não estivesse agindo no desempenho de sua função pública. A linha de demarcação das respectivas jurisdições, portanto, foi

fixada a partir da distinção entre os atos pessoais, pelos quais o servidor se sujeitava à jurisdição cível, e a “falta de serviço”, pela qual o Estado, e não o autor do ato, seria responsabilizado pelas cortes administrativas (HARLOW, 1979).

Se, por um lado, o decreto de 1870 encerrou a “era da irresponsabilidade” (HARLOW, 1979), pode-se asseverar, por outro, sem risco de desacerto, que é apenas com os citados arestos de 1873 que começa de fato a se esboçar a fase subsequente, a qual se caracteriza, inicialmente, pelos esforços das cortes administrativas de construção dos fundamentos e dos contornos de um sistema autônomo de “responsabilidade do funcionalismo público”, bem como de seus mecanismos de compensação.

Este foi, com efeito, o principal legado dos casos Blanco e Pelletier: o de “haver persuadido gerações de juristas franceses quanto à necessidade de regras especiais de responsabilidade civil do Estado” (HARLOW, 1979, p. 28), compelindo-os à busca de um sistema original e todo-abrangente, fundamentalmente distinto daquele que regia a responsabilidade civil comum.

A partir da consideração dos arestos citados acima, contudo, não será ociosa a observação de que, nesta fase da evolução da responsabilidade civil, questões atinentes à competência jurisdicional, e não às normas propriamente substanciais da responsabilidade estatal, dominaram as preocupações da jurisprudência francesa. Por esta razão, muito embora a Corte de Conflitos houvesse, por ocasião do caso Blanco, manifestado o receio de que permitir às cortes civis desenvolver tais normas redundaria na aplicação no regime contido no Código Civil, sem qualquer preocupação com suas peculiaridades, não parece, de outra banda, estranho ou imprevisível que, ao lançarem-se nesta tarefa, ao invés de se empenharem numa construção *ex nihilo* deste regime, tivesse esta geração de administrativistas percorrido precisamente este caminho, deixando-se embalar pela forte atração exercida exatamente pelo regime de responsabilidade então vigente para as relações entre civis, qual seja, o da responsabilidade subjetiva baseada naquele Código. Esta impressão é endossada por Harlow, (1979, p. 30), para quem “o fator decisivo (para a recurso a esta modalidade de responsabilidade) foi, com toda a probabilidade, a força gravitacional exercida pela responsabilidade baseada na culpa”.

Esta tendência desemboca na inauguração da fase subsequente da evolução das teorias da responsabilidade civil estatal: a da responsabilidade

subjetiva. Conforme pontifica Bandeira de Mello, esta modalidade de responsabilização pode ser conceituada como

[...] a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1021)

A principal manifestação desta fase se dá, ainda na França, com o desenvolvimento da teoria da *“faute de service”*, entre nós traduzida como “falha do serviço”, “culpa do serviço” ou ainda “culpa administrativa”. Para esta doutrina, a responsabilidade patrimonial do Estado estaria engajada sempre que o serviço público não funcionasse, devendo funcionar (inexistência do serviço), funcionasse mal (mau funcionamento) ou funcionasse atrasado (retardamento do serviço).

Em retrospecto, é fácil observar, como o fez Meirelles (2012, p. 649), como aludida doutrina representou “o primeiro estágio na transição da teoria subjetivista da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu”, visto levar em consideração um fato objetivo – qual seja, a falha do serviço público, consistente no não atingimento dos padrões legalmente exigíveis de eficiência – para dela inferir a responsabilidade da Administração.

Embora “objetiva” seja a natureza da falha do serviço, não se pode olvidar, contudo, como bem adverte Bandeira de Mello (2014), que esta nova construção teórica ainda não cuida, de modo algum, de responsabilidade objetiva. O vocábulo francês *faute*, que naquela língua tem significado jurídico equivalente ao da nossa culpa, foi, no Brasil como em outros países, traduzido como “falta” (ausência), seu cognato mais próximo em português, o que, dadas acepções deste último termo, pode insinuar a errônea noção de que tratar-se-ia de um regime objetivo de atribuição.

Uma outra circunstância que pode ter dado azo a equívocos talvez tenha sido o fato de que, no regime da *faute de service*, está necessariamente implícita uma presunção de culpa quando quer que se verifique uma ausência, atraso ou má prestação do serviço público (MEIRELLES, 2012). Ora, longe de indicar um regime objetivo, este elemento constitui, na verdade, um traço tipificador importantíssimo da responsabilidade por culpa administrativa, visto que, sendo de culpa presumida, daí decorre a possibilidade de sua elisão por prova em contrário: demonstrando o

Estado que se comportou com diligência, perícia e prudência, fica isento da obrigação de indenizar, hipótese esta incogitável acaso fosse objetiva a responsabilidade (BANDEIRA DE MELLO, 2014).

Embora de culpa se trate, portanto, ainda que presumida, o que denota uma ainda nítida proximidade com o regime privatista dominante – situando-a, portanto, firmemente na atmosfera intelectual do séc. XIX –, não pode, noutro giro, passar despercebido que esta doutrina também representou notável avanço na concepção da natureza fática das falhas administrativas. Tal se deve pelo fato de que, aqui, não mais interesse a culpa individual do agente público, mas uma forma publicizada da culpa, uma “culpa administrativa”, anônima, por vezes difusa e sistêmica. Prescindindo-se, com efeito, de uma busca individual pelo autor do fato, parte-se da noção de que este nem sempre é identificável, ou mesmo de que a falha possa remontar à conduta de um único agente, o que traduz uma visão mais clara e realista acerca das causas do mau funcionamento de uma organização, descrevendo assim de forma mais precisa o funcionamento da Administração.

No plano teórico, a teoria da *faute de service* representou, a bem da verdade, um desdobramento da maturidade alcançada, no final do séc. XIX, pela teoria corporatista do Estado, segundo a qual este, sendo uma pessoa – embora jurídica e não natural – era, sim, sujeita ao cometimento de falhas. De fato, até esta época, os teóricos do Direito, conforme assevera Harlow:

[...] expressavam hostilidade à ideia de que entidades corporativas (i.e., pessoas jurídicas) eram capazes de cometer atos ilícitos (capable of fault); era certamente os agentes individualmente considerados, os ‘braços e pernas’ da instituição, que podiam ser alcançados. (HARLOW, 1979, p. 110)

A novidade aqui reside em que, embora culposa, a conduta é tida em sua dimensão impessoal, posto que corporativa; não sendo atribuível a ninguém em particular – ou sendo tal atribuição, no mínimo, desnecessária – permite-se que ela seja imputada à coletividade do funcionalismo, fazendo justiça à natureza orgânica e unitária deste, quer se trate de ineficiência crônica, quer de falhas pontuais.

A responsabilidade subjetiva, todavia, embora incorporasse, a princípio, os valores morais prevalentes ao final do séc. XIX, acabou dando azo, na prática, a que muito amiúde os danos provocados pela atividade estatal fossem suportados unicamente pelas vítimas, dado que a presunção de culpa não era garantia de

sucesso dos demandantes em lides que envolviam pleito de reparação contra o Estado. De outra banda, os processos de industrialização e de consequente expansão da empresa privada, que tiveram como efeito a massificação do risco social a uma escala até então inimaginável, dada a crescente dimensão e impacto das obras de engenharia, constituíram relevante fator de pressão também sobre o Direito Privado, no sentido de que este passasse a enfrentar o problema da vitimização em escala coletiva delas decorrentes. A consequência natural destas tendências, para Harlow (1079, p. 82), foi o surgimento de “um movimento doutrinário que exigia a responsabilidade objetiva, pelo menos para os casos de acidente industrial”.

Também o princípio da isonomia entrou em operação: não parecia equânime que à grande empresa fosse permitido apanhar impunemente os proveitos econômicos gerados, em alguns casos, às custas do sofrimento de outros; o risco do acidente deveria ser, portanto, internalizado ou, em linguagem menos anacrônica, deduzido dos lucros por ela auferidos. Em semelhante linha de raciocínio, já no tocante aos danos provocados pelo Estado, lembra Bandeira de Mello (2014, p. 1016), que repele ao sentimento de justiça que “apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos”.

Este conjunto de questionamentos foi o ponto de partida para o ingresso na fase seguinte de elaboração doutrinária da responsabilidade civil do Estado, a da responsabilidade objetiva.

3.2. O DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

Para Bandeira de Mello (2014, p. 1024), por responsabilidade objetiva entende-se a “obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”. Para configurar a responsabilidade patrimonial de um agente, sob este regime, basta, portanto, a mera relação de causalidade entre a ação e o dano, dispensando-se qualquer perquirição quanto à licitude – existência de dolo ou culpa – daquela. Em breves palavras: se, pela teoria da culpa administrativa perscrutava-se a “falta do serviço”, passa a interessar, aqui, tão-somente o “fato do serviço”.

A bem da verdade, a teoria em comento restringe os pressupostos para a configuração da responsabilidade estatal, fixando a atenção do julgador em apenas três elementos: a ocorrência de ação ou omissão administrativa, do dano⁶ e do já aludido liame causal⁷ entre ambos. Alegando o autor a ocorrência destes três requisitos, tem-se que as estratégias de defesa franqueadas ao Estado passam a se limitar à contraprova das alegações, no propósito de demonstrar a inoccorrência de qualquer deles, o que, vale notar, redundaria em substancial transferência do ônus da prova para o polo passivo da relação processual, em benefício do autor⁸.

Em Direito Público, a teoria objetiva esteve sempre associada à teoria do risco⁹. Para Meirelles (2012, p. 649), com efeito, ela se baseia “no risco que a atividade pública gera¹⁰ para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais”.

Esta modalidade de responsabilidade já era conhecida dos franceses desde a edição da Lei de 28 do Pluvioso do ano VIII (1799), que tratava da reponsabilidade oriunda de danos causados por obras públicas (*travaux publics*), a qual constitui, para Harlow (1979, p. 56), a gênese da responsabilidade pelo que se convencionou, posteriormente, chamar de “risco administrativo”. Verifica-se, assim, que durante todo o período de evolução da teoria da culpa, já estava lançado o embrião da doutrina, muito embora sua aplicabilidade fosse restritiva, tanto quanto às hipóteses de incidência (obras realizadas no solo por autoridades públicas), bem assim como à natureza dos prejuízos tutelados, que se restringiam a danos à propriedade, com exclusão dos danos pessoais.

Já em matéria de danos pessoais decorrentes de acidente de trabalho, a primeira afirmação da doutrina se dá, na França, por ocasião do aresto Cames, de 1895, em ação proposta por um operário que sofreu lesão causada pela queda de uma placa de metal em seu braço enquanto trabalhava em um arsenal público. A

⁶Material ou moral (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1304).

⁷O qual, ainda segundo Justen Filho, deve indicar uma causalidade necessária e suficiente entre o fato e o dano. Neste sentido, “se o resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato de terceiro ou pertinente ao mundo natural, não há responsabilidade do Estado” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1305).

⁸Esta também é a impressão de Carvalho Filho (2014, p. 566).

⁹Diógenes Gasparini (2008) equipara os conceitos como sinônimos na p. 1042 de seu *Direito Administrativo*. Também assim o faz Di Pietro (2012, p. 646). Os demais autores que consultamos, se não os igualam, tampouco discriminam os conceitos.

¹⁰Veja-se que o celebrado autor parece indicar, aqui, uma referência à noção de risco-criado, a que faremos menção mais adiante.

causa do acidente não era clara; pela doutrina da culpa presumida, o Conselho de Estado poderia ter facilmente passado ao largo da controvérsia e dado ganho de causa ao trabalhador. No entanto, o colegiado optou por fazer uma firme declaração pela responsabilidade sem prova de culpa com base no risco (HARLOW, 1979).

Apesar desta primeira adoção jurisprudencial da teoria do risco como princípio geral de responsabilidade pública, a partir deste ponto não são tão notáveis os avanços ocorridos no Direito Francês, em cujo âmbito a responsabilidade por risco nunca logrou extravasar os limites de um regime excepcional. Naquele país, parece ter prevalecido a opinião de Maurice Hauriou, segundo quem a imposição de responsabilidade objetiva ao Estado constituía prerrogativa legislativa, e não judicial (HARLOW, 1979). Por tal razão, a aplicabilidade do instituto se manteve restrita a hipóteses bem definidas em lei, respondendo o Erário apenas em casos como o das já mencionadas obras públicas; o de desordem e agitação civil; o caso excepcional do colaborador que assume temporariamente, ou a título eventual, função pública não remunerada e, por fim, em casos limitados e taxativamente enumerados de atividade de risco (HARLOW, 1979). Isto explica porque, se quisermos prosseguir no estudo da evolução da responsabilidade civil estatal, devemos, doravante, desocuparmo-nos da história do pensamento francês sobre o assunto e concentrarmos no caminho percorrido em nosso país, sendo esta opção de maior proveito aos modestos fins perseguidos no presente estudo.

Assim sendo, e com este propósito em mente, façamos menção a que, no Brasil, a evolução do pensamento jurídico e da prática dos tribunais passou totalmente ao largo da fase inicial da irresponsabilidade, jamais tendo se posto em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade, “sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1045). O eminente tratadista e ex-Ministro do STF, Cavalcanti (1957, p. 617), consignou, com efeito, que “no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes”. Fazendo menção a diversos artigos de lei e ao teor de várias decisões judiciais já encontradiças ao final do séc. XIX, o abalizado jurista pontificou que

[...] a teoria aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum. (CAVALCANTI, 1957, p. 617)

Foi a teoria da culpa civil, porém, como de resto sucedeu nos demais países ocidentais, que balizava esta sempre aceita doutrina da responsabilidade. Tal foi a concepção adotada oficialmente pelo Direito Positivo pátrio, pelo menos desde que entrou em vigor o Código Civil de 1916, o qual estatuiu, em seu art. 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 1916)

Apesar do teor do supracitado dispositivo, que indicava a adoção da teoria subjetiva em seu duplo viés de culpa civil – “procedendo de modo contrário ao direito” – e de “culpa do serviço” – “faltando a dever prescrito em lei”¹¹ –, convém destacar que, ainda assim, mesmo durante sua vigência, e ainda antes, não eram poucas as vozes que, entre nós, já rechaçavam a permanência da culpa como critério definidor da responsabilidade pública.

Já pelos idos de 1905, data da primeira edição de seu tratado sobre o assunto, o preclaro Cavalcanti protestava:

[...] se para que recaia sobre o Estado a obrigação de repará-las (lesões causadas pela atividade estatal), fosse sempre necessária a condição concorrente da ilegalidade do ato ou de uma culpa subjetiva, melhor fora declarar, desde logo, a não-possibilidade dessa obrigação. (CAVALCANTI, 1957, p. 347)

E arrematava, após brilhante argumentação, que “o fundamento jurídico da responsabilidade assenta: primeiro, na causalidade e não na culpabilidade; depois, na lesão efetiva de um direito, realmente adquirido”. (CAVALCANTI, 1957, p. 347)¹².

Segundo Bandeira de Mello (2014), além de Amaro Cavalcanti, eram também adeptos deste entendimento, já neste período, juristas do porte de Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Filadelfo Azevedo – os dois últimos também Ministros do

¹¹Esta interpretação não era isenta de controvérsias. Consulte-se, a este respeito, Gasparini (2008, p. 1042) e Carvalho Filho (2014, p. 558).

¹²Merece aqui transcrição integral o seguinte excerto: “Ninguém ignora que Estado pelos amplos poderes de que institucionalmente revestido em atenção à diversidade dos próprios fins, pode lesar os direitos dos indivíduos, não só por atos exorbitantes das normas legais, mas ainda, sabidamente, se conservando dentro delas, ou mesmo, procedendo rigorosamente de acordo ou em cumprimento das próprias leis.... Mas, só porque as lesões da segunda espécie são provenientes de atos legítimos ou praticados sem culpa, isto deverá importar para o Estado a não-obrigação absoluta de indenizar tais lesões? Não pode ser; seria violar abertamente a regra fundamental da justiça”. (CAVALCANTI, 1957, p. 346).

Supremo Tribunal Federal. Ora, se na França bastou a consagração da teoria objetiva por parte do Conselho de Estado para que seu desenvolvimento fosse logo em seguida refreado e estancado estritamente nos limites da lei, seguindo-lhe a doutrina a reboque, no Brasil, por outro lado, percebe-se uma receptividade muito mais precoce ao instituto, o qual fora tenazmente defendido por grandes expoentes de nossas letras jurídicas, nada obstante a existência de expressa disposição legal em sentido contrário.

A doutrina prosseguiu avançando à frente da legislação até o ano 1946, quando, conforme consigna Meirelles (2012), a responsabilidade objetiva do Estado vem a ser, entre nós, enfim consagrada e positivada, de forma inequívoca, em face da promulgação da Constituição daquele ano que, em seu art. 194, estatuiu:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (BRASIL, 1946)

Neste ponto, anota, com propriedade, Carvalho Filho:

[...] se comparado esse texto com o do art. 15 do Código Civil revogado, não será difícil observar que foram retirados da norma os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva ou com culpa. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 558)

E conclui: “interpretação comparativa levava a concluir-se que o art. 15 do Código anterior havia sofrido derrogação pelo advento do art. 194 da Constituição de 1946” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 558).

Disposições equivalentes foram repetidas na Constituição de 1967 e na Emenda nº I de 1969. Na vigente Constituição Federal de 1988, a matéria está regulada no art. 37, § 6º, *in verbis*:

Art. 37. § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Fazendo coro a esta disposição, mas sem nada a ela acrescentar¹³, assim prescreve, no ponto, o Código Civil de 2002:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002)

Com estas disposições temos o ponto culminante de toda a evolução doutrinária e legal relatada até aqui, conforme o estado atual vigente em nosso Direito. Vale notar que o texto supratranscrito deixa clara a adoção do regime objetivo de responsabilidade pública pelo texto normativo de mais alta hierarquia do ordenamento jurídico, fazendo-o com linguagem ampla e, aparentemente irrestrita.

“Aparentemente”, dizemos, porque a existência de uma aparente divergência quanto à extensão deste enunciado normativo constitui precisamente o núcleo investigativo do presente trabalho. Antes, porém, de procedermos ao teste desta hipótese em face da jurisprudência aplicável, devemos pavimentar o caminho que nos permitirá desincumbir deste propósito dispensando, como é nosso intento, a devida atenção às verdadeiras premissas teóricas que dão suporte a tais pronunciamentos e que, acaso passem desapercibidas, podem fazer passar um autêntico dissenso como comunhão de entendimento ou vice-versa, interferindo assim na correção de nossas conclusões.

Sendo certo que tais nuances não seriam detectáveis a partir do exame meramente perfunctório dos pronunciamentos judiciais, reputamos necessário proceder a uma breve consideração das principais teorias que dão sustentação ao conceito de risco administrativo para, em seguida, nos atermos ao caso específico das omissões estatais, hipótese que, além de constituir o objeto deste trabalho, transparece, reconhecidamente, como a situação que mais frequentemente é invocada como exceção à regra da responsabilidade objetiva do Estado.

¹³Pelo contrário, omitiu de seu texto a referência aos danos causados pelas *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, expressamente contida no texto constitucional.

3.3. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE POR RISCO: O RISCO-PROVEITO, O RISCO-CRIADO, O RISCO ADMINISTRATIVO E O RISCO INTEGRAL

Se a emergência do risco como fundamento da teoria da responsabilidade objetiva representou, por um lado, o encerramento do debate histórico quanto ao regime básico de responsabilização do Estado, não podemos ignorar, sob outro prisma, que ela também assinala o ponto partida para prolongadas discussões sobre as diversas questões práticas advindas de sua adoção. A própria definição do conceito é cercada de incertezas – note-se que sequer a origem etimológica do vocábulo é conhecida¹⁴ – sendo, ademais, polivalente sua acepção jurídica (MAIA et al., 2008). Em vista disto, e para não nos embrenharmos mais do que o necessário nesta complexa questão, adotemos, simplesmente, a lacônica e objetiva definição de Cavalieri Filho (2007) para quem risco é “a probabilidade de dano”.

Dito isto, passemos em breve revista algumas das principais teorias urdidas a respeito da responsabilidade objetiva por risco, seja aquelas esboçadas por publicistas, quanto também as tratadas pelos autores do Direito Civil. Nesta toada, constatamos, em levantamento bibliográfico realizado, que a mais antiga construção teórica atinente à responsabilidade por risco parece ser aquela comumente designada, na atualidade, pelo termo “risco-proveito”.

Para Serpa Lopes (2000), mencionada teoria pode ser sintetizada pelo aforismo *ubi emolumentum ibi onus*, ou seja, por princípio de justiça, deve-se esperar que aquele que tira proveito econômico de uma atividade deva também responder pelos inconvenientes por ela causados. Esta teoria, ainda segundo o autor, foi originalmente formulada para fundamentar a responsabilidade da empresa por danos sofridos por seus empregados no ambiente de trabalho. Relembremos ainda que, conforme consignado na Seção inicial, semelhante raciocínio foi também empregado em conexão ao princípio da isonomia quando da emergência, no final do séc. XIX, da responsabilidade objetiva por acidentes industriais de grande escala.

Se o fundamento da teoria apela diretamente a um postulado inato do senso de justiça – o que nos parece inquestionável –, nem por esta razão parece ela isenta de críticas, visto que a noção de proveito se coloca como condição *sine qua non*

¹⁴A entrada para *risk* do dicionário etimológico inglês *Etymonline* é evasiva (consulta disponível em www.etymonline.com), assinalando que, para além da substantivação do latim vulgar *riscare* (correr perigo), nada mais é conhecido sobre a origem desta palavra.

para que surja a possibilidade de responsabilização, com grande potencial limitador sobre sua aplicabilidade. É dizer, conforme asseverou Alvino Lima,

[...] a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria. (LIMA, 1999, p. 198).

A estrita correlação entre proveito e responsabilidade, decorrente desta concepção, fez irromper inevitáveis discussões quanto a qual espécie de proveito seria apta a desencadear a responsabilidade (adotar-se-ia uma definição estrita ou uma definição ampla?) além de, indiretamente, onerar a vítima com a incumbência de provar, além do nexo causal e do dano, também a obtenção do aludido proveito por parte do autor do fato.

Em consideração a tais objeções, foram elaboradas novas teorias, com o fito de ampliar as possibilidades de reparação e desonerar, conseqüentemente, o lesado de injustificáveis encargos probatórios; vem a lume, com este propósito, a teoria do risco-criado.

A teoria do risco-criado teve como mais ardoroso defensor, entre os nossos civilistas, o emérito Prof. da Universidade Federal de Minas Gerais, Caio Mário da Silva Pereira, que assim a conceituava: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de ter adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo” (PEREIRA, 1998, p. 24).

A parte final da definição acima deixa transparecer uma ponta subjetivista que apenas decorre do fato de que o autor, ao adotá-la, tinha em mente a disciplina das relações privadas. Fazendo-se, porém, os necessários ajustes ao paradigma vigente para as relações público-privadas, e trasladando-se assim sua aplicação para este terreno, fica fácil constatar que ela representará, relativamente à teoria do risco-proveito, uma ampliação do âmbito de incidência da responsabilidade civil do Estado.

De fato, pela teoria em comento a única correlação exigida entre a conduta do agente e a sua responsabilidade diz respeito à constatação de que nesta se encontra a origem do risco: responde pelo dano quem cria a probabilidade de este vir a ocorrer, independentemente de qualquer outra circunstância objetiva ou

subjetiva, tais como existência de culpa, dolo ou mesmo de obtenção de proveito, econômico ou não, pelo autor do fato lesivo.

Neste sentido, parece lícito concluir que a tônica desta concepção é alocada de maneira enfática sobre o elemento nexo causal. O exame do ato lesivo é assim depurado da circunstância atenuante implícita pelo risco-proveito, saindo de cena as indagações quanto a qualquer benefício auferido por seu autor.

Esta parece ser a teoria hodiernamente aceita pelos administrativistas sob a denominação de risco administrativo. Vimos, em seção anterior, que a definição de Hely Lopes Meirelles parece pressupor esta doutrina ao aduzir que a responsabilidade objetiva se baseia “no risco que a atividade pública gera para os administrados”, risco este consubstanciado na possibilidade de que certos membros da comunidade suportem dano diferenciado e anormal (MEIRELLES, 2012).

Os elementos arrolados pelos doutrinadores citados também são consistentes com esta teoria ao não incluírem, em seu bojo, a necessidade de obtenção de um benefício por parte do Estado para que este incorra no dever de indenizar. E nem poderia ser diferente: embora se deva, com efeito, exigir que todo e qualquer ato administrativo vise, imediatamente ou não, o incremento do bem-estar coletivo – nele residindo o único benefício lícitamente auferível pela ação estatal –, não se pode, noutro giro, ignorar que tal coincidência entre o “ser” e o “dever-ser”, por óbvio, nem sempre sucede; e, neste caso, a aplicação da teoria do risco-proveito redundaria na absurda conclusão de que o ato praticado com desvio de finalidade¹⁵, visto não resultar em qualquer benefício público, não daria azo à responsabilidade civil em caso de dano, o que constitui evidente afronta à lógica e aos princípios do Direito Administrativo.

Aceitando-se esta identificação entre o risco-criado e o risco administrativo, apontemos que, em doutrina, este regime de responsabilidade se opõe, sobretudo, ao do risco integral. Maria Sylvia di Pietro explica que, ao passo que a primeira admite, como causas excludentes de responsabilidade do Estado, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, bem como a força maior, o mesmo não se passa com a última (DI PIETRO, 2012). Em idêntico sentido, ensina Carvalho Filho (2014) que a responsabilidade decorrente do risco integral independe do nexo causal e ocorre até

¹⁵Nos termos da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), art. 2º, parágrafo único, alínea e, o desvio de finalidade se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (BRASIL, 1965).

mesmo quando a culpa é da própria vítima. Para Hely Lopes Meirelles, sua principal consequência seria a de obrigar a Administração a “indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima” (MEIRELLES, 2012, p. 650)¹⁶.

Em face deste cotejo entre as noções de risco-criado/administrativo e risco integral, fica evidenciado o quanto dissemos logo acima no sentido de que, para a primeira teoria, o elemento nexos causal se afigura como o grande critério reitor para a aferição da responsabilidade pública. Assim se manifesta, neste particular, a Prof^a Maria Sylvia Di Pietro:

Sendo a existência do nexos de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a **causa** do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando **não foi a causa única** [...]. São apontadas como **causas excludentes** da responsabilidade a **força maior**, a **culpa da vítima** e a **culpa de terceiros**. Como causa atenuante, é apontada a **culpa concorrente da vítima**. (DI PIETRO, 2012, p. 651 – grifos da autora)

Decerto, pelos excertos reproduzidos acima ficou claro que o principal traço distintivo do risco integral reside no efeito prático de não permitir a contraprova da excludente da responsabilidade. Sendo certo que estas causas têm sempre por efeito a descaracterização do nexos de causalidade, resulta claro que, em admitindo-as a doutrina do risco administrativo, esta última concepção se reporta a este elemento como crucial na deflagração da responsabilidade civil, sua ausência constituindo, por outro lado, a única circunstância capaz de afastá-la.

Neste ponto, é categórico Bandeira de Mello, para quem

[...] o Estado só se exime de responder se faltar o nexos entre seu comportamento comissivo e o dano; isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo. Fora daí, responderá sempre. (BANDEIRA DE MELO, 2014, p. 1042)

¹⁶Este último autor, acresça-se, rechaça veementemente a possibilidade de utilização desta teoria no âmbito de nosso Direito vigente; aduz que tal “modalidade extremada da teoria do risco administrativo” foi abandonada na prática, por “conduzir ao abuso e à iniquidade social” (MEIRELLES, 2012, p. 650). Carvalho Filho (2014, p. 557) anota que sua aplicação “só seria admissível em situações raríssimas e excepcionais”, não se arriscando o autor, porém, a enumerar quais seriam estas circunstâncias.

Realizada, portanto, uma breve síntese acerca das teorias da responsabilidade por risco, passaremos, doravante, ao desenvolvimento do tema da responsabilidade civil do Estado por omissão.

3.4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Conforme dissemos ao final da Seção 3.2 deste trabalho, a redação empregada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal é conducente, *primo ictu oculi*, a uma aplicação irrestrita do regime de responsabilidade sem culpa, aplicável à generalidade dos atos da Administração Pública. No entanto, e também conforme já antecipamos naquela oportunidade, esta assertiva vem sendo, desde a promulgação da Constituição de 1946 e em face de seu correspondente art. 194, objeto de testilha doutrinária e jurisprudencial, vez que segmento da comunidade jurídica entendia, como vem entendendo, que o teor das citadas disposições normativas, embora agasalhe a responsabilidade objetiva como regra geral, nem por isso constitui óbice a que o regime subjetivo possa continuar tendo aplicação em certas circunstâncias específicas.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2014), a exemplo, arrola doutrinadores adeptos de ambas as correntes (para a primeira, Aguiar Dias, Hely Lopes Meirelles, Seabra Fagundes, Mário Mazagão; para a segunda, Caio Tácito, Themístocles Cavalcanti, Gonçalves de Oliveira). No entanto, é o próprio livre-docente da PUC-SP que, em seu citado “Curso de Direito Administrativo”, transpõe como o mais ardoroso e eficaz propagador, na contemporaneidade, da tese restritiva da aplicação da responsabilidade sem culpa, sendo certo que as hipóteses derogatórias deste regime são, para o autor, precisamente, as que envolvem as omissões estatais.

O citado jurista respalda suas conclusões no escólio de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que o antecedeu na Cátedra de Direito Administrativo da mesma Faculdade Paulista de Direito da PUC-SP. Para ambos os autores, em se tratando de inércia da Administração Pública, não teria havido superação do paradigma da falta de serviço, de que cuidamos acima, sendo neste terreno ainda aplicável a mesma tríade de hipóteses que a tipificam: ausência do serviço, falha do serviço (má prestação) e atraso do serviço.

A síntese deste entendimento pode ser colhida da leitura do seguinte excerto, o qual, por conter talvez as linhas mais influentes já escritas sobre o assunto no país, nos parece digno de uma transcrição integral (note-se que o autor faz referência expressa à teoria do risco-proveito, a que dedicamos breves linhas acima):

A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou de coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em Sociedade.

Consiste em ato comissivo, positivo do agente público, em nome do e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais por omissão negativa. Esta, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco-proveito. A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessado. (BANDEIRA DE MELLO, 1974, p. 487)

A sobrevida da teoria da culpa administrativa é sustentada, pelos autores, a partir do seguinte argumento: em se tratando de inação do Estado, não poderia este ser reputado autor do dano, vez que “sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1033). Para Celso Antônio, condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado; causa, por sua vez, é o fator que positivamente gera um resultado.

As condições para que se possa imputar ao Erário a responsabilidade pela reparação de danos só se fariam presentes, nesta hipótese, quando há expressa obrigação, pelo Estado, de impedir o dano, ou seja, quando este “descumprir dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1031).

A existência da indigitada obrigação legal, contudo, não constituiria ainda, de *per se*, motivo bastante para a deflagração da responsabilidade pública. Além dela, far-se-ia indispensável, como não poderia deixar de ser, o evidente elemento subjetivo a macular a conduta do agente público, consubstanciado este seja no dolo, na intenção de omitir-se, seja na culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço (BANDEIRA DE MELLO, 2014).

A omissão, portanto, cabe concluir, deve estar eivada pela pecha da ilicitude: omissão juridicamente relevante para fins de responsabilização, é dizer, e omissão ilícita são conceitos idênticos, confundem-se. Os autores partem da premissa, implícita no argumento, de que pode haver uma omissão lícita por parte do Estado, a qual seria isenta de consequências no âmbito da responsabilidade civil.

Por tudo quanto foi dito anteriormente acerca da teoria da culpa administrativa, não reclama esforço a conclusão de que “obrigação legal” – sobretudo quando esta ecoa o princípio da legalidade, que é estrito no tocante à Administração Pública¹⁷ – e “culpa” são conceitos que, quando reunidos, terminam por revelar uma problemática combinação. Com efeito, são inarredáveis as dificuldades práticas que se seguem à busca pela enunciação de regras gerais visando a acomodá-los conjuntamente como requisitos para a responsabilidade Estatal, porquanto, ao passo que o primeiro carrega consigo a dureza da lei e da necessária vinculação dos atos públicos à sua moldura, o segundo já sinaliza um abrandamento deste mesmo rigor.

Os defensores desta teoria não ignoram tais embaraços. A Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro, que também se declara adepta deste entendimento, indica que, para além do dever de agir, deve também estar presente a *possibilidade* desta ação, tendente a evitar o dano, sendo que é neste outro requisito que recai a dificuldade de elaboração de uma regra geral. Conforme pondera:

A dificuldade da teoria diz respeito à **possibilidade** de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja **exigível** da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o **princípio da reserva do possível**, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano. (DI PIETRO, 2012, p. 655 – grifos da autora)

Celso Antônio Bandeira de Mello sugere um parâmetro para a aferir-se a censurabilidade da omissão, para tanto recorrendo à noção de padrão legal exigível: “em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão

¹⁷Conforme lição de Meirelles (2012, p. 89), “legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso”.

de comportamento inferior ao padrão legal exigível” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1053).

Não deixa, porém, como o fez Di Pietro, de sinalizar para a imprescindibilidade do exame casuístico, ao aduzir que “não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação” a que estaria adstrita a Administração. Para o autor, o padrão exigível há de ser apurado em função “do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultura, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1053), condições que parecem se conciliar com a noção de reserva do possível e do razoável, referida por Di Pietro no precitado excerto.

Embora seja verdade que a vítima, em admitindo-se a aplicação do regime subjetivo às omissões estatais, continue desonerada da incumbência de demonstrar a culpa da Administração, dado que a presunção desta é ínsita a esta teoria, nem por isso pode-se olvidar, lado outro, que esta opção doutrinária conserva em operação uma importante consequência prática deste regime, que se liga exatamente à possibilidade de elisão desta presunção, que é relativa. E como isto se daria? Pela prova, a cargo do Poder Público, de que, “inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1032). Em síntese: havia o dever de agir e o serviço funcionou bem, mas, concretamente, não havia possibilidade de impedir-se o dano, seja por inexecuibilidade fática, seja por inexigibilidade de conduta diversa segundo o parâmetro da razoabilidade.

O renomado ex-professor da Universidade Federal do Paraná, Marçal Justen Filho, manifesta concordância com as conclusões acima, mas o faz partindo de premissas diversas. O estudioso ensaia uma unificação do tratamento da responsabilidade por atos comissivos e omissivos, mas não o faz, surpreendentemente, pelo ângulo da responsabilidade objetiva, senão que pelo da culpa, embora erija, acerca desta, uma concepção objetivada. Para o autor:

Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de

reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadora do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1308).

O recurso à noção de uma “vontade defeituosa” parece, à primeira vista, antitética com o paradigma corporativista da Administração Pública que esteve na base da formação da teoria da *faute de service*. À parte esta observação, notemos que o autor faz residir o critério para aferição da responsabilidade, semelhantemente a Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro, no cotejo com um padrão mais ou menos objetivo de conduta exigível da máquina pública, ou seja, nas palavras do insigne jurista, o critério reside “não apenas na infração objetiva aos limites de suas competências e atribuições, mas também na observância e no respeito às cautelas necessárias e indispensáveis para evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1311).

A este padrão de conduta o doutrinador associa a concepção de um “dever especial de diligência”. Aludido dever, adverte o autor, não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade (o que poderíamos assimilar à conhecida noção do *bonus pater familias*), tratando-se, antes, de um dever “de previsão acurada, de cautela redobrada”. Tal modalidade qualificada do dever de cuidado é decorrente “da própria natureza da atividade estatal”, a qual impõe, a seus agentes, não apenas a obrigação de antecipar com maior rigor as consequências de sua conduta, como também de adotar “todas providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1312).

O que diferencia a doutrina ora em comento em relação à de que cuidamos anteriormente é o fato de que, para o autor, a transgressão de tal padrão especial de conduta seria ínsita a toda e qualquer hipótese ensejadora de responsabilidade estatal, quer se trate de ato comissivo, quer de ato omissivo. Em outras palavras, o elemento do ilícito, na modalidade por ele denominada culpa objetivada, constituiria requisito indispensável para a deflagração da responsabilidade patrimonial do

Estado¹⁸. Esta concepção da ilicitude, extensível também às hipóteses de ação comissiva, constitui a escore sobre a qual o autor apoia sua concepção unitária para o regime das ações e das omissões.

Embora partindo desta premissa unificadora, o autor reconhece que as omissões, ainda assim, apresentam peculiaridade, pois se apresentam em duas diferentes modalidades, a cada qual correspondendo, inevitavelmente, uma disciplina jurídica específica.

À primeira modalidade de omissão o jurista denomina, com o empréstimo da terminologia penalista, ilícito omissivo próprio, ao qual atrela o mesmo regime jurídico aplicável aos atos comissivos, sem modificações. Esta equiparação se deve ao argumento, elaborado no âmbito da teoria do crime, segundo o qual a infringência a um comando legal imperativo (“é obrigatório fazer”) basta para configurar o ilícito. Em análoga linha de raciocínio, havendo, contra o Estado, a imposição de um dever de agir “de modo específico e determinado”, seria de se presumir desde logo reprovável tal omissão por evidente transgressão do dever legal de diligência, recaindo sobre o Erário, *ipso facto*, a responsabilidade pela reparação de quaisquer danos daí advindos.

O mesmo já não se passa com os ilícitos omissivos impróprios. São hipóteses em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado – pode-se estar diante, com enfoque na estrutura da norma, de regra genérica meramente autorizativa de uma atuação estatal, e não imperativa –, razão porque a omissão não gera, nesses casos, por si só, presunção de infração ao dever de diligência. Faz-se necessária aqui a reprovabilidade jurídica da inação, e neste particular não há qualquer divergência entre as conclusões do autor e as conclusões dos Bandeira de Mello, visto que

[...] se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1315)

¹⁸O autor arrola, na p. 1304 de seu Curso, a “ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado” como um dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado, ao lado do “dano material ou moral” e do “nexo de causalidade” entre ambos.

Em resumo, se para os Bandeira de Mello há dualidade de regimes no tocante à responsabilidade por atos comissivos e omissivos (objetivo para os primeiros, subjetivo para os segundos), para Marçal Justen Filho esta distinção é injustificável, porquanto o elemento da ilicitude deve estar sempre presente para que a configuração da responsabilidade pública, embora tal ilicitude seja aferida sob uma forma objetivada de culpa. De toda forma, a subdivisão das omissões em duas categorias é peculiar ao pensamento do segundo autor e, embora o seu paradigma seja subjetivista, é relevante o fato de remeter as omissões próprias ao campo dos ilícitos por ação comissiva, dado que nestes casos o conteúdo do agir estatal está descrito pelo preceito legal com um grau exatidão suficiente à aferição de sua adequação à moldura jurídica. É importante frisar, igualmente, que o autor não parece admitir uma “reserva do possível” no tocante à caracterização do ilícito nesta categoria de omissão, fazendo-o somente para as omissões impróprias.

Estes elementos da doutrina do jurista paranaense podem se revelar úteis quando do exame do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, servindo como potencial marco para a abordagem das omissões estatais do dever de controle e fiscalização ambientais, objeto do presente estudo, dado que, em se tratando de controle institucional permanente, o conteúdo da ação administrativa exigida, se exata ou não, pode ser aferido pela leitura dos textos legais instituidores da respectiva obrigação, especialmente o quanto disposto nos arts. 23 e 225, da CF/88 e nos arts. 3º e 14, da Lei nº 6.938/81.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na Seção anterior procedemos a um breve inventário das principais teorias que embasam o instituto da responsabilidade objetiva do Estado e investigamos, em seguida, a opinião de alguns dos autores mais citados por aqueles que advogam a existência de uma exceção, neste regime, para o caso específico das omissões estatais.

Na presente Seção, passamos a nos desincumbir do primeiro objetivo específico deste trabalho (Seção 2.2), que consistirá na realização de um estudo circunstanciado de todos os pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça em que foi suscitado o tema da responsabilidade civil-ambiental do Estado por omissão, atentando-se ao seu regime jurídico e às consequências práticas daí resultantes.

Subsequentemente, procederemos à sistematização dos acórdãos relativamente às teorias que lhes dão sustentação – no que consiste o segundo objetivo específico –, com o fito de se concluir, ao fim, quanto à efetiva existência de dissenso jurisprudencial naquela instância julgadora (objetivo geral).

Os métodos utilizados para a pesquisa incluíram a busca no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça por termos relacionados ao objeto do estudo (e.g. “responsabilidade civil”, “Estado”, “omissão”, “ambiental”), bem como as referências internamente feitas nos votos aos precedentes oriundos da Corte. Os acórdãos encontrados, em número de seis, estão arrolados e comentados, a seguir, conforme a ordem cronológica de sua publicação. Optamos por transcrever as ementas em nota de rodapé, para manter a fluência do texto, sendo destacados os pontos que mais interessam à nossa investigação.

Eis, portanto, a análise descritiva dos julgados, um a um:

4.1. RECURSO ESPECIAL Nº 28.222/SP – 15 DE OUTUBRO DE 2001

Este Recurso Especial, julgado em 2001¹⁹, trata da primeira oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça se debruçou de forma específica sobre o problema do regime de responsabilidade aplicável às omissões estatais em matéria ambiental²⁰. É também relevante consignar que o assunto, aqui, foi debatido em conexão com um contrato de concessão de serviço público, razão por que foi inevitavelmente enfrentada a questão atinente à subsistência do poder-dever fiscalizatório também no caso de ter havido atribuição, a terceiro, de serviço titularizado pelo Estado, que passa a exercê-lo em nome próprio e por sua conta e risco.

O caso versa sobre Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Prefeitura Municipal de Itapetininga, via da qual o *Parquet* alegava ter esta se mantido omissa quanto à poluição das águas do Ribeirão do Carrito, o qual vinha recebendo despejos de esgotos urbanos sem tratamento, tornando-o imprecavível para abrigar vida. Pediu-se a condenação da Municipalidade na obrigação de tratar da rede de esgotos, de modo a estancar a poluição nos cursos e afluentes fluviais.

¹⁹DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. (REsp 28.222/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2000, DJ 15/10/2001, p. 253)

²⁰O precedente citado pelo voto-condutor da Min. Nancy Andrichi, Resp n.º 37.354-9/SP, refere-se à responsabilização solidária entre causadores diretos e indiretos de dano ambiental, não havendo menção ao Poder Público na ementa.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, com base no art. 225 da Constituição Federal. O Município recorreu, e o Tribunal deu provimento ao recurso, reformando a sentença, ao argumento de que era parte ilegítima para figurar no polo passivo o Poder Público, dada a celebração, com uma empresa, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, de contrato de realização do serviço de coleta de esgoto urbano. Para a Corte Estadual, não havendo possibilidade de intervenção direta do poder concedente na execução do serviço transferido, tocava unicamente à concessionária responder pela demanda.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial aviado pelo MP e distribuído à Segunda Turma (Primeira Seção – Direito Público) do STJ, a Min. Eliana Calmon, relatora original do caso, endossou a tese esposado pelo Tribunal *a quo*, rejeitando o pleito recursal. Aduziu que, *in casu*, o Município não poderia ser reputado “poluidor direto ou indireto”, porque “desincumbiu-se da atividade eminentemente estatal para delegá-la a uma empresa”. Dada a presença da concessionária, dotada de personalidade jurídica própria, “não seria possível a condenação da Municipalidade, que se desligou da tarefa que lhe era afeta, para transmitir a outrem” (BRASIL, 2001).

A Min. Nancy Andrighi abriu divergência, no que foi acompanhada pelos demais integrantes do Colegiado. Em seu voto-vista, lembrou que o regime jurídico aplicável às concessionárias de serviço público foi tratado de forma conjunta e unitária pelo art. 37, § 6º, da CF/88; aduziu também que, de ordinário, o poder concedente responde pelo serviço, sendo esta responsabilidade, contudo, subsidiária e em caso de insolvência do concessionário responsável. A par destas considerações, inicialmente conducentes ao acolhimento da pretensão municipal, o caso em testilha, segundo a Ministra, apresentava uma especificidade que impedia a sua sujeição ao regime jurídico ordinário incidente sobre as concessões públicas: o fato de tratar-se de dano ambiental atraía a incidência do art. 225 da Constituição, do qual deflui a responsabilidade do Poder Público e da coletividade pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A legitimidade do Município para figurar no polo passivo da ação civil pública estaria, assim, configurada, porque “a defesa do meio ambiente não pode ser preterida por um contrato de concessão, mas constitui dever do Município” – citou, no ponto, a norma de competência comum em matéria ambiental inscrita no art. 23,

VI, da CF/88²¹ (BRASIL, 2001). Entendeu que a omissão do Poder Público enquadrava a Municipalidade no conceito de poluidor indireto indicado pelo art. 3º, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), o que justificava sua responsabilização em caráter solidário. Por fim, citou excerto doutrinário no qual é sustentada a tese de que cabe direito de regresso do Estado em face do poluidor direto, deixando implícita, portanto, sua adesão a tal entendimento.

Ficou constatada, neste primeiro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que a especificidade da responsabilidade por dano ambiental, fundada no texto do art. 225 da CF/88, já está assentada; conforme veremos, este é um tema recorrente na argumentação utilizada pelos Ministros e será utilizada com um efeito derogatório parcial relativamente a algum regime jurídico ordinário – no presente caso, seu principal efeito parece ter sido o deslocamento da regra da responsabilidade subsidiária do Estado em havendo contrato de concessão. De toda forma, em que pese a questão do regime jurídico aplicável às omissões estatais não ter sido discutida em pormenores, ficou claro que o Tribunal o pressupôs objetivo no presente caso, além de, como visto, solidário com o causador primário.

²¹Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. (BRASIL, 1988)

4.2. RECURSO ESPECIAL Nº 604.725/PR – 22 DE AGOSTO DE 2005

O segundo caso também se trata de Ação Civil Pública, proposta, desta vez, pelo Ministério Público Federal²². A ação foi movida contra a União Federal, o Estado do Paraná, o Município de Foz do Iguaçu e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e teve a finalidade de fazer cessar possíveis danos ambientais decorrentes: a) da construção da via pública denominada Avenida Beira Rio, que tangencia o Rio Paraná por aproximadamente 8 km entre a Ponte Internacional da Amizade e a Avenida das Morenitas no Município de Foz do Iguaçu, e b) pelo não cumprimento, por parte deste Município, de Termo de Compromisso firmado com o IBAMA para proteção do meio ambiente na área de preservação permanente em que se projetou a construção desta via pública, bem como restaurá-lo ao estado em que se encontrava antes da construção da citada obra.

O Estado do Paraná não se resignou com sua inclusão no feito, sob o argumento de que sua participação na obra se limitou ao financiamento desta; por este motivo, ausente estaria qualquer nexo causal entre sua atuação (repasse de

²²AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 604.725/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 202)

verbas ao Município) e os danos causados ao meio ambiente. Aduziu ainda que, quando do início da execução, a obra se encontrava autorizada por meio de licença do IBAMA, e que só posteriormente foi considerada irregular. Manejou, assim, agravo de instrumento na instância *a quo* e, tendo seu pleito recursal denegado pela Corte Estadual, interpôs o Recurso Especial que trouxe a questão à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, após detalhada revisão da legislação federal pertinente – foram mencionadas as disposições do art. 23, VI e 225 da CF/88 e os arts. 3º, IV, 6º, 10, 11, e art. 14 § 1º da Lei nº 6.938/81 –, o Min. Relator, Castro Meira, entendeu caracterizado o liame causal entre a conduta do Estado e os danos provocados, tanto sob a modalidade comissiva (repasse das verbas pelo Estado ao Município) quanto também pela omissiva (ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal). Reputou, assim, com base neste entendimento, incurso o Poder Público na figura do poluidor indireto, certo de que ambas as mencionadas condutas comissiva e omissiva concorreram, embora não de forma imediata, com atividade causadora de degradação ambiental.

Também aqui o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser objetiva a responsabilidade pela hipótese em comento, mesmo no caso de omissão, o que fica claro com a leitura do seguinte excerto do voto:

Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexos de causalidade e dano), ressalto, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no polo passivo na demanda conforme realizado pelo recorrido. (BRASIL, 2005b)

O litisconsórcio, ressalte-se, é de natureza facultativa.

Como suporte jurisprudencial, o Min. Relator cita trecho do voto-condutor da Min. Nancy Andrighi no REsp nº 28.222/SP, primeiro precedente oriundo daquela Corte e logo acima comentado.

Em conclusão, assentou-se que a pretensão recursal não merecia acolhida, em razão de “ser possível a inclusão do Estado recorrente no polo passivo da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, com base na caracterização da responsabilidade objetiva e solidária” (BRASIL, 2005b). O voto

foi acompanhado por unanimidade pela Segunda Turma – inclusive pela Min. Eliana Calmon – em cujo âmbito, portanto, ainda não se vislumbra qualquer divergência.

4.3. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 822.764/MG – 02 DE AGOSTO DE 2007

Este constitui o primeiro caso em que a Primeira Turma (Primeira Seção – Direito Público) foi instada a se manifestar sobre o regime jurídico incidente sobre as omissões do Estado em matéria ambiental²³.

Tratou-se, na origem, de ação indenizatória movida por particular, em Minas Gerais, visando a reparação por danos ambientais provocados por atividade mineradora que teriam repercutido em sua fazenda, causando crateras (dolinas) e a morte de animais, por contaminação da água. Foram arrolados, no polo passivo, além da empresa extrativista, também o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, o IBAMA e os órgãos de controle estadual FEAM - Fundação Estadual do Meio Ambiente e o IGAM – Instituto Mineiro de Gestão das Águas.

A inclusão destes dois últimos foi alvo de irresignação do Estado de Minas Gerais que, após ter sua legitimidade processual corroborada pelo Tribunal *a quo*, valeu-se de Recurso Especial, dirigido à Corte Superior. Inadmitido este na origem, a questão aportou no STJ por intermédio do Agravo de Instrumento subsequentemente aviado, que, denegado monocraticamente, desafiou o Agravo Regimental, ora em epígrafe.

É relevante destacar que, nas razões do Agravo de Instrumento, o Estado pugnou por sua exclusão do polo passivo sob a alegação de que, “segundo entendimento do STJ, a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio

²³PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR. PRECEDENTES. 1. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que entendeu: a) inexistir ofensa ao artigo 535 do CPC; b) não ter sido a divergência jurisprudencial demonstrada conforme os ditames do CPC e do RISTJ; c) harmonizar-se o entendimento do acórdão recorrido com a jurisprudência deste STJ. Sustenta a agravante, em síntese, que: a) embora tenham sido apresentados embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* não analisou questão relevante pertinente à responsabilidade objetiva do poluidor (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81) e subjetiva da Administração Pública; b) a doutrina e a jurisprudência são favoráveis à sua tese; c) a responsabilidade do Estado, em se tratando de fiscalização, é subjetiva, dependendo da verificação de culpa; d) o dissídio pretoriano foi devidamente comprovado. 2. A matéria central sobre a responsabilidade objetiva do poluidor, presente no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, e subjetiva da Administração Pública, foi analisada no acórdão vergastado. Não há de se falar em violação do art. 535, II, do CPC. 3. A conclusão do acórdão exarado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que se orienta no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Aplicável, portanto, a Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag 822.764/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 364)

ambiente é exclusiva do poluidor” (BRASIL, 2007a), sendo esta, no caso de omissão, de natureza subjetiva e, portanto, apenas eventualmente imputável à pessoa jurídica de direito público.

O Relator, Min. José Delgado, em juízo monocrático, rechaçou o argumento do dissídio, citando, como precedente da Corte, o REsp 604.725/PR, exatamente o último caso de que tratamos acima. Submetida a questão à Primeira Turma, o mesmo precedente é novamente citado no voto do Relator, como causa suficiente para a rejeição do pleito recursal.

Perceba-se que o Colegiado, embora instado pelo Poder Público a se manifestar de forma explícita sobre a possibilidade de aplicação do regime subjetivo ao caso concreto, não o fez com um nível adequado de elaboração teórica – observamos que a questão bem merecia um tratamento mais elaborado, dado que uma citação feita ao acórdão da Corte Estadual demonstra que a utilização de uma passagem de Bandeira de Mello atinente ao regime da falta de serviço é seguida pela conclusão de que o regime aplicável *in casu* seria o objetivo, o que é indicativo de uma confusão terminológica que poderia ter sido debelada pela Corte Superior com uma fundamentação mais robusta²⁴.

De toda forma, a Primeira Turma manifestou, nesta primeira oportunidade, adesão ao entendimento plasmado nos precedentes vistos até aqui.

²⁴A possibilidade de uma equivocada assimilação do conceito de falta de serviço ao regime objetivo foi discutida em seção anterior deste trabalho.

4.4. RECURSO ESPECIAL Nº 647.493/SC – 22 DE OUTUBRO DE 2007

Trata-se, o presente, de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que o *Parquet* pretendia a recuperação da degradação ambiental causada em Municípios da região sul do Estado de Santa Catarina (Bacia Carbonífera) por atividades extrativas de carvão mineral. O autor, em síntese, requeria que os réus – União, Estado, Companhia Siderúrgica Nacional e empresas mineradoras – elaborassem um cronograma de recuperação e fossem condenados ao pagamento de indenização suficiente à efetivação deste programa e à indenização da população dos municípios afetados²⁵.

Em grau de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região excluiu do polo passivo da lide o Estado de Santa Catarina; já a União foi mantida no feito em

²⁵RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei. 2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna. 3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral a toda a sociedade beneficiária. 4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local. 5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento "abuso de direito"; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação. 6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte. (REsp 647.493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007, p. 233)

razão de seu “dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental” (BRASIL, 2007b). Em face do acórdão, foram interpostos Recursos Especiais por todos os sujeitos remanescentes do processo, sendo diversas as questões debatidas; por esta razão, ater-nos-emos apenas ao julgamento do recurso aviado pela União Federal e especificamente aos tópicos que guardem pertinência com o objeto deste trabalho.

Em seu arrazoadado, a União sustentou que não deveria responder em caráter solidário com as empresas mineradoras à cominação imposta de recuperação do meio ambiente e indenizações consequentes; aduziu, principalmente, que a responsabilidade deve ser infligida apenas aos entes poluidores, ante o que estabelece o princípio do “poluidor-pagador”; sustentou, também a este título, a tese da auto-indenização, vez que, se compelida à reparação, estaria obrigada, na verdade, a própria sociedade.

O julgamento foi distribuído à Segunda Turma, tendo a relatoria cabido ao Min. João Otávio de Noronha. Em seu voto, temos uma inovação relativamente ao vimos até o presente estágio de nossa análise: o Ministro faz uma opção categórica pela aplicação do regime subjetivo de responsabilidade às omissões do Poder Público, fazendo-a nos seguintes termos:

A primeira questão que se coloca é afeta ao campo da responsabilidade civil do Estado por omissão, e, em casos tais, entendo, assim como grande parte da doutrina²⁶ e jurisprudência, que a responsabilidade é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido por imposição legal. (BRASIL, 2007b)

Veja-se que no citado excerto menção é feita à exigência de uma imposição legal para que se possa aferir a ocorrência de responsabilidade pelo regime subjetivo. Para demonstrar que tal condição estava presente, o Min. Relator citou os arts. 1º, 3º, inciso III, e 47, incisos VIII et seq. do Decreto-lei nº 227/67 (Código de Minas); os arts. 3º, 9º, incisos V, VI, VII e arts. 15, 18 e 19 da Lei nº 7.805/79 (que cria o regime de permissão de lavra garimpeira), bem como, por fim, o art. 225, parágrafos 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal, e concluiu:

[...] se a lei impõe ao Poder Público o controle e fiscalização da atividade mineradora, possibilitando a aplicação de penalidades, não lhe compete

²⁶O voto cita passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello já reproduzida neste trabalho à fl. 38.

optar por não fazê-lo, porquanto inexistente discricionariedade, mas obrigatoriedade de cumprimento de conduta impositiva. (BRASIL, 2007b)

A infringência a tais normas de caráter impositivo estaria provada nos autos, sendo a explícita a conclusão exposta no acórdão recorrido de que a União foi omissa no dever de fiscalização, “permitindo às mineradoras o exercício de suas atividades extrativas sem nenhum controle ambiental” (BRASIL, 2007b). Segundo lembrou o Ministro, o Poder Público dispõe de diversos mecanismos de intervenção para se desincumbir deste encargo, como o licenciamento ambiental e a exigência do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, de caráter preventivo, a suspensão das atividades e, em se tratando de atividade extrativa mineral, o decreto de caducidade da concessão da lavra. A ilicitude estaria, portanto, consubstanciada na omissão quanto à utilização destes instrumentos de apoio ao poder-dever-de-polícia ambiental, fazendo exsurgir, *in casu*, a obrigação de indenizar.

O Min. Relator também retorquiu o argumento alusivo à tese da auto-indenização. Segundo ele, pode-se anuir com a assertiva de que, em tratando de decisão condenatória da Fazenda Pública, é a sociedade como um todo que, em última análise, estará efetivamente suportando o fardo da condenação. Esta situação, porém, não será conducente a qualquer iniquidade, desde que se demonstre que esta mesma sociedade possa ser tida à conta de beneficiária da atividade causadora de impacto ambiental.

Esta afirmação decorre de uma interpretação ampliativa do princípio do poluidor-pagador, à qual adere o Relator, segundo a qual não apenas o poluidor, causador direto da degradação, deva suportar os custos inerentes à preservação ambiental, mas também o usuário desta mesma atividade; é dizer: ao poluidor deve-se equiparar a figura do usuário, a este se estendendo os mesmos ônus que sobre aquele recaem. Para demonstrar que tal circunstância estava presente no caso em análise, o Relator citou dados do Ministério de Minas e Energia que evidenciam a importância do carvão mineral na composição da matriz energética brasileira e, portanto, o benefício auferido pela sociedade como um todo pela realização desta atividade extrativa.

O Estado responde, portanto, pelo regime subjetivo e em caráter solidário pelo dano ambiental, em havendo obrigação legal de agir. Nada obstante esta solidariedade, o Ministro asseverou que, por “princípio de justiça”, as sociedades mineradoras, responsáveis diretas pela degradação ambiental devem arcar

integralmente com os custos da recuperação ambiental, de modo que, em fazendo-o o Estado, a este

[...] há de ser permitido, em razão da cláusula de solidariedade, o ressarcimento total das quantias despendidas, uma vez que, embora tenha sido omissa, não logrou nenhum proveito com o evento danoso, este apenas beneficiou as empresas mineradoras. (BRASIL, 2007b)

E foi além ao redefinir esta ação de regresso não como um mero direito, senão que como um autêntico dever, pois

[...] há interesse público reclamando que o prejuízo ambiental seja ressarcido primeiro por aqueles que, exercendo atividade poluidora, devem responder pelo risco de sua ação, mormente quando auferiram lucro no negócio explorado. (BRASIL, 2007b)

O último argumento aventado pela União Federal, o da prescrição, foi debelado pelo Relator com a adoção da tese da imprescritibilidade da pretensão reparatória do dano ambiental, dada a natureza indisponível, difusa e intergeracional do direito em questão.

O voto do Relator foi acompanhado pela unanimidade dos integrantes da Segunda Turma do STJ, muito embora este mesmo colegiado houvesse, poucos anos antes – por ocasião do julgamento dos já vistos REsp nº 28.222/SP e REsp 604.725/PR, em 2001 e 2005, respectivamente – lançado os primeiros precedentes assentando a responsabilidade objetiva do Estado por omissão do dever de fiscalização e controle. Neste novo pronunciamento, nota-se que a Corte, em três anos, superou seu posicionamento anterior sem despendar qualquer esforço argumentativo tendente a explicitar as razões para esta drástica e súbita mudança; pelo contrário, a mudança de orientação sequer é reconhecida no texto do acórdão, os precedentes acima não são citados e não há voto divergente ao do Relator.

De toda forma, o resultado material da decisão foi idêntico ao dos demais casos, implicando a condenação do Poder Público em conjunto com as empresas diretamente responsáveis pela atividade. A principal repercussão da adoção da tese da responsabilidade subjetiva parece ter sido, *in concreto*, o maior cuidado na descrição da conduta omissa visando à melhor caracterização da falta do serviço.

4.5. RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741/SP – 16 DE DEZEMBRO DE 2010

O presente caso é oriundo de Ação Civil Pública envolvendo uma construção irregular no interior do Parque Estadual de Jacupiranga²⁷, localizado no litoral sul do

²⁷AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. 1. Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros. 2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III). 3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade diretamente associada à insustentável e veloz destruição de habitat natural, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita. 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ. 5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. 6. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente). 7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, além de outros a que se confira tal atribuição. 8. Quando a autoridade ambiental tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998). 9. Diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-

Estado de São Paulo e que abriga uma das maiores extensões remanescentes de mata atlântica original em todo o território brasileiro²⁸. O Ministério Público de São Paulo moveu a ação contra o responsável pela obra e também contra o Estado de São Paulo, este último sob o argumento de que, embora houvesse chegado a embargar a obra, ainda assim haveria a Administração Pública incidido em omissão

poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade irregular e a denunciá-la ao Ministério Público ou à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos. 10. A turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem e no caso do Estado, devem ser combatidos pelo esforço imediato, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002 e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio estatal, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das presentes e futuras gerações. 11. O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981). 12. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem. 13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa. 14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). 15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). 16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados. 17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. 18. Recurso Especial provido. (REsp 1071741/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 16/12/2010)

²⁸O mencionado Parque Estadual, dada a grande extensão de sua área de abrangência (243.885,15 ha) e singular importância para a preservação deste tão ameaçado ecossistema, foi, desde então, por força da Lei Estadual nº 12.810/2008, convertido em um Mosaico de Unidades de Conservação, tendo a gestão ambiental da área sido repartida entre os recém-criados Parques Estaduais da Caverna do Diabo, do Rio Turvo e do Lagamar de Cananéia. Integram ainda o Mosaico do Jacupiranga: cinco Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS), quatro Áreas de Proteção Ambiental (APA), duas Reservas Extrativistas (Resex) e duas Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN). A maior parte da área protegida está associada à Bacia do Rio Ribeira de Iguape e abrange a Província Espeleológica do Vale do Ribeira.

de seu dever-poder de polícia ambiental, por não haver lançado mão das medidas possessórias que lhe competia adotar para sanar o esbulho praticado.

O Tribunal *a quo* entendeu que o caso era de responsabilidade exclusiva da proprietária do imóvel, rechaçando a possibilidade de condenação da Fazenda Pública que, conforme constou do acórdão estadual, deve ser aferida “com certos temperamentos ou com uma margem de tolerabilidade” (BRASIL, 2010b). O MP aviou Recurso Especial que, aportando no Superior Tribunal de Justiça, foi distribuído, novamente, à Segunda Turma, sob a relatoria do Min. Antônio Herman Benjamin.

O presente acórdão se afigura como aquele em que a Segunda Turma com mais profundidade e elaboração teórica se debruçou sobre o assunto que nos interessa, dentre todos os que estudamos até o presente momento. O Min. Herman Benjamin, como é sabido, ostenta em seu currículo destacada atuação prática e produção bibliográfica no campo do Direito Ambiental²⁹; talvez em razão deste notório envolvimento e interesse pela área tenha o Relator assumido a tarefa de articular um voto extenso e detalhado, com traços de trabalho monográfico, o que destoa o conteúdo de seu texto relativamente ao modesto nível de sofisticação teórica atinente à reponsabilidade pública que encontramos até o presente nos julgados desta Corte. O presente voto, a bem da verdade, parece ter a pretensão de oferecer uma proposta de encerramento do debate, com a construção de uma visão definitiva sobre o regime aplicável à responsabilização civil-ambiental do Estado por omissão, merecendo, portanto, um estudo pormenorizado pelos interessados na questão.

O Min. Relator inicia seu voto demonstrando que o dever-poder de controle e fiscalização urbanístico-ambiental não está situado no campo da discricionariedade administrativa, porquanto tem por finalidade a tutela de direitos indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, o que se pode demonstrar pela invocação dos princípios da indisponibilidade do interesse público, da probidade e da legalidade.

²⁹Em caráter meramente exemplificativo, mencione-se que o Ministro obteve a titulação de Doutor em Direito com a tese “Teoria Geral do Direito Ambiental Brasileiro: Uma Contribuição Biocêntrica”, apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2009; é autor de artigos com títulos como “O meio ambiente na Constituição Federal de 1988” e “A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público”. Foi Conselheiro do CONAMA de 2001 e 2006 e é Professor visitante de Direito Ambiental Comparado da Universidade do Texas, EUA, e de Direito Ambiental Europeu na *Univ. Catholique de Louvain-la-Neuve*, na Bélgica.

Relativamente ao primeiro princípio, o Ministro assevera que sua aplicação decorre do teor dos arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225 da Constituição Federal, bem como dos arts. 2º, I e V, e 6º, da Lei nº 6.938/81, dos quais defluem que a natureza do direito ao meio ambiente é aquela de um patrimônio público “a ser obrigatoriamente garantido e tutelado pelos organismos sociais e pelo Estado” (BRASIL, 2010b). A atuação do Estado neste terreno fica, portanto, impregnada de um sentido de obrigatoriedade, porquanto

[...] retirada da órbita da representação estatal, fruto do voto popular e exercida pelo Administrador em nome e sob delegação da sociedade, a possibilidade de negociar com o interesse público, que não se presta ao papel de moeda de troca, nem de objeto de escambo. (BRASIL, 2010b)

Em sinergia ao princípio da indisponibilidade, é também invocado o da legalidade, “em si mesmo um limite à atuação do Estado, mas igualmente um motor a combater sua passividade, quando dele se esperam comportamentos positivos” (BRASIL, 2010b). Nesta seara, o Ministro adverte que por atuação apta a descaracterizar tal passividade não se pode ter por suficiente qualquer conduta. Relembrando o teor do art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998 – segundo o qual, quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade” (BRASIL, 2010b) – o Relator insiste ser apenas a ação eficiente e eficaz capaz de configurar a conduta estatal exigida pela lei:

Por “apuração imediata” há que se entender muito mais do que a pura e simples identificação do degradador e a adoção de ações meramente formais ou protocolares, pois seriam tarefas inócuas se não destinadas a efetivamente conservar (turbação) ou recuperar (esbulho) a posse do bem ambiental, obrigar o infrator a reparar o dano causado e a ele aplicar eventual sanção administrativa e penal pelo seu repreensível comportamento. (BRASIL, 2010b)

Portanto, a ação estatal é cogente, havendo de ser, também, pronta e eficaz. Esta leitura, aliás, é a única que se coaduna, segundo o voto, com o regime instituído pela Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei 9.985/00). O Estado deve agir no sentido de assegurar a efetiva tutela destas áreas especialmente protegidas, caso contrário, conforme se expressa o Ministro,

nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento e a ocupação ilícita. (BRASIL, 2010b)

Fixadas assim estas premissas, o Ministro procede a detalhado inventário de todas as medidas disponíveis ao Poder Público para o desempenho de seu indisponível encargo de proteção ambiental, rememorando, porém, que estes instrumentos não se limitam aos que estão expressamente dispostos na legislação ambiental, pois incluem, também, o desforço imediato, referido no art. 1.210, §1º, do vigente Código Civil.

Por desforço entende-se, segundo o Relator, o ato do possuidor que, *sponte propria* e sem a mediação do Poder Judiciário, procura reaver, de quem dele se apropriou ilegal e recentemente, algo que lhe pertence, visando a reincorporá-lo, por inteiro, ao seu patrimônio ou a reaver as qualidades que lhe dão valor jurídico, econômico ou não. Esta medida de autotutela, de legítima defesa da posse, se afiguraria em instrumento imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio público, da legalidade e da ordem pública.

Ora, em se tratando de tutela do meio ambiente, sobretudo daquele situado no âmbito SNUC, o Relator relembra que a manutenção da posse pelo Poder Público coloca-se “à raiz quadrada”, visto que, embora intangível, a realidade física do “*macro-bem jurídico*” coletivo, nestes casos, “é representada por coisas do domínio do Estado, em áreas pertencentes ao Estado”, motivo pelo qual a autotutela do patrimônio se dá na dupla faceta de “bem que integra a dominialidade estatal e de bem de uso comum do povo, de titularidade difusa e intergeracional” (BRASIL, 2010b) . Assim posta a questão, nestes termos lança o veredicto:

Diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade irregular e a denunciá-la ao Ministério Público e à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos. (BRASIL, 2010b)

O Poder Público, em suma, não se desincumbe da responsabilidade pela pura e simples adoção de uma ou outra medida tendente a impedir o dano: sua obrigação é de resultado. Nas palavras do eminente Relator,

[...] responde pelo dano ambiental a Administração (e o Administrador) que, ao se comportar como Pôncio Pilatos, lava as mãos, atua apenas cosmeticamente, para salvar aparências, diante de degradação em via de acontecer, que está acontecendo ou que já aconteceu. (BRASIL, 2010b)

Toda esta exposição, acaso finalizada aqui, poderia levar à conclusão de que a Administração Pública, para o Superior Tribunal de Justiça, deva responder pelo regime da falta de serviço, corroborando a virada jurisprudencial inaugurada no acórdão anteriormente visto, dado que a preocupação em demonstrar não haver ela lançado mão de todas as medidas à sua disposição seria indicativa de uma busca pela verificação da culpa por negligência no desempenho de seu múnus.

Com efeito, o Min. Herman Benjamin busca, em certos momentos, justificar a condenação da Fazenda Pública recorrendo a conceitos que são, invariavelmente, arrolados pelos doutrinadores como tipificados da responsabilidade por culpa administrativa. Em uma passagem, o magistrado anota ser “forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia” (BRASIL, 2010b), o que soa como uma alusão às três modalidades tradicionais de configuração da falta de serviço.

Apesar das aparências, todavia, o Relator prossegue em seu voto, assentando que a responsabilidade do Estado é, *in casu*, objetiva em se tratando de omissões, tal se dando em razão da incidência uma disciplina jurídica especial à hipótese em comento.

Com efeito, o Ministro anui à tese de que, de ordinário, a Administração deva responder subjetivamente em matéria de omissão. Contudo, acentua que o sentido jurídico do art. 37, § 6º, da Constituição Federal – no qual, aparentemente, baseia sua concordância com esta tese – não veda a existência de regimes especiais, em que a objetividade se estenda também aos comportamentos omissivos. Assim sendo, o Relator aponta a existência de duas exceções à regra geral:

[...] primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microssistema

especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 3º, IV, c.c. o art. 14, § 1º)³⁰. Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal – direto e mais rígido – que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.³¹ (BRASIL, 2010b)

Ao que tudo indica, ambas as condições estariam presentes no caso em apreço. A existência de regime jurídico especial decorre da legislação infraconstitucional, do aludido art. 14, da Lei do SISNAMA, e o dever de ação estatal está também estampado pelas leis citadas no voto, em que se fez menção inclusive a um Decreto Estadual, de nº 42.079/97, no qual foi determinado o dever de guarda e conservação, a cargo da Administração Pública, dos bens pertencentes ao Estado, ainda que para este mister seja necessária a utilização do desforço imediato, expressamente citado neste texto legal. Forte nesta argumentação, o Ministro insiste em que “não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81” (BRASIL, 2010b).

Ora, se a demonstração de condições tradicionalmente identificadas com a doutrina da falta de serviço, anteriormente apontadas, ocupa tão saliente espaço no corpo do acórdão, qual implicação prática, poder-se-ia indagar, defluiria concretamente da adoção da tese da responsabilidade objetiva, senão exatamente a de tornar desnecessário o tão empenhado esforço despendido pelo Relator na descrição da omissão do Poder Público? Não bastaria estar assentado o dano (invasão por particular de área integrante de Unidade de Conservação) e sua continuidade para que daí se reputasse configurada a omissão do Estado – a permanência do agressor seria consectário lógico da não-utilização das medidas possessórias extrajudiciais cabíveis pelo Estado e, portanto, já de per se constitutiva de sua inação – e o nexo causal entre ambos, para que se desse por satisfeito o

³⁰Vimos que o tema da especificidade do regime jurídico incidente sobre as omissões estatais em matéria ambiental foi pela primeira vez mencionado no REsp nº 28.222/SP, relatado pela Min. Nancy Andrighi (BRASIL, 2001).

³¹No ano de 2012, o Min. Herman Benjamin teve oportunidade de relatar outro Recurso Especial, o de nº 1.236.863, em que o entendimento por ele assentado nesta oportunidade pôde ser parcialmente reproduzido. A matéria guardava parcial conexão com o Direito Ambiental, pois envolvia utilização equivocada de substância química perigosa (*Malathion*) durante procedimento de desinsetização em posto de saúde no Município da Serra/ES, com sérios danos aos frequentadores do estabelecimento (BRASIL, 2012b). O Relator se valeu, na ementa, do mesmo texto contido neste excerto.

julgador no exame da matéria? Retornaremos a estas indagações na Seção conclusiva deste trabalho.

Por ora, cabe ressaltar que, nominalmente, o entendimento esposado pela Segunda Turma do STJ no caso em comento, na linha do entendimento do Min. Relator, foi no sentido da aplicação da teoria objetiva, respondendo o Estado solidária e ilimitadamente com o agente material do dano. Esta descrição, porém, ainda não esgota o tratamento recebido pela matéria no voto enfocado: com efeito, o Relator prossegue detalhando um último contorno do regime jurídico da responsabilidade do Estado por omissão do dever-poder de controle e fiscalização, qual seja, o da subsidiariedade da execução como benefício de ordem da Fazenda Pública. Nas palavras do Ministro:

A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser chamado quando o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934, do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil. (BRASIL, 2010b)

Embora solidária, a sujeição passiva executiva do Estado é subsidiária, é dizer: o Estado continua responsável, podendo efetivamente vir a ser, eventualmente, chamado a cumprir a decisão judicial; não o faz, porém, na linha de frente, pois, “se é verdade que foi omissor, a pecha de degradador material não lhe é imputável” (BRASIL, 2010b). Antes de ser compelido a desembolsar qualquer soma ou realizar qualquer atividade de recuperação do meio ambiente degradado, devem estar presentes as condições descritas no excerto acima.

Esta assertiva busca um temperamento em relação à norma da solidariedade: se por um lado é certo que o Estado foi alçado, pela atual Constituição, à posição de guardião-maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não se pode, doutra banda, admitir o desatino de se atribuir aos cofres públicos a função “de garante ou de segurador universal dos poluidores” (BRASIL, 2010b). A pagar a conta estaria sendo sujeitada, em última análise, a própria sociedade, já atingida pela prática lesiva.

Avulta, assim, a responsabilidade primária do causador do dano e único beneficiário da prática predatória, impedindo-se uma total identificação jurídico-

formal entre este e o Estado. Desta mesma linha de raciocínio decorre também o direito de regresso a que faz jus o Estado quando, como devedor solidário, vier a pagar pelo dano³².

Nestes termos, foi dado provimento ao Recurso Especial interposto pelo Ministério Público. O Estado responde de forma objetiva, solidária e subsidiária pela infração ao dever-poder de polícia ambiental. Não se falou na divergência encetada pelo Min. João Otávio de Noronha no REsp 647.493/SC.

³²Notemos que o tema da auto-indenização havia sido suscitado pela União no julgamento do no julgamento do REsp 647.493/SC, visto anteriormente e a que o Min. Relator aqui faz menção (BRASIL, 2007b). Naquele caso, porém, a sociedade foi tida à conta de beneficiária da atividade extrativa de carvão; aqui, o único favorecido parece ter sido o próprio proprietário do terreno. Se a chamada auto-indenização pareceu defensável ali, o mesmo não ocorre aqui; poder-se-ia, assim, indagar: deveria o Estado responder subsidiariamente também naquela hipótese? Em ambos os casos, porém, foi reconhecido o direito de regresso da Fazenda Pública.

4.6. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.417.023 – 25 DE AGOSTO DE 2015

O último dos acórdãos de que cuidaremos é também procedente da Segunda Turma do STJ. Tratou-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público visando a recuperação de área devastada de preservação permanente localizada em propriedade rural no Paraná. No polo passivo foram arrolados o Estado do Paraná e o IBAMA; este último, porém, não se conformou com sua inclusão ao feito, que lhe acarretou, como efeito prático, neste caso, a cominação de multa por descumprimento de ordem judicial³³.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região retorquiu a irresignação, aduzindo que a legitimidade passiva da autarquia federal era consequência das suas atribuições e responsabilidades quanto à fiscalização e a execução da política ambiental; fez menção à competência comum entre os entes da Federação em matéria ambiental.

A esta *ratio decidendi*, o IBAMA sustentou, em seu Recurso Especial, que tal fundamentação não seria sustentável, visto que, no caso concreto, seria

[...] possível identificar a que ente incumbe o poder/dever ordinário de fiscalizar, de sorte que em caso de omissão que contribui para a prática de infração ao meio ambiente, seria por demais gravoso responsabilizar, além do órgão ambiental ordinariamente responsável pela fiscalização, aquele que deve atuar supletivamente. (BRASIL, 2015b)

Reputou, portanto, desarrazoado imputar ao IBAMA responsabilidade por infração ambiental ocorrida “em espaço cujo poder/dever imediato e ordinário é de

³³ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IBAMA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. 1. Tratando-se de proteção ao meio ambiente, não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo. 2. O Poder de Polícia Ambiental pode - e deve - ser exercido por todos os entes da Federação, pois se trata de competência comum, prevista constitucionalmente. Portanto, a competência material para o trato das questões ambiental é comum a todos os entes. Diante de uma infração ambiental, os agentes de fiscalização ambiental federal, estadual ou municipal terão o dever de agir imediatamente, obstando a perpetuação da infração. 3. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, logo responderá pelos danos ambientais causados aquele que tenha contribuído apenas que indiretamente para a ocorrência da lesão. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1417023/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015)

outro ente da Federação que não a União, assim como, de outro órgão ambiental." (BRASIL, 2015b)

A relatoria do Recurso Especial coube ao Min. Humberto Martins. Em seu voto, o Relator endossou o posicionamento adotado pela Corte Regional, aduzindo que, em se tratando de proteção ao meio ambiente, "não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas" (BRASIL, 2015b). A competência comum vigente para a matéria implica em que o poder de polícia ambiental deva ser exercido por todos os entes da Federação; diante de uma infração ambiental, "os agentes de fiscalização ambiental federal, estadual ou municipal terão o dever de agir imediatamente, obstando a perpetuação da infração" (BRASIL, 2015b).

Na passagem conclusiva, o Ministro retoma o assunto da responsabilidade civil do Estado, esclarecendo que esta se dá pelo regime objetivo, e nela incide mesmo quem tenha apenas indiretamente contribuído para a ocorrência da lesão. No caso concreto, a autarquia federal haveria de ser responsabilizada, pois "sua omissão no cumprimento do dever fiscalizatório que lhe incumbia concorreu para a ocorrência do dano ambiental" (BRASIL, 2015b).

Manteve, com fulcro nestas razões, o acórdão recorrido, que havia determinado aos réus a "delimitação da área de reserva legal e de preservação permanente das propriedades em discussão" e a "fiscalização das medidas ambientais a serem adotadas pelos demais réus, sob pena de multa diária" (BRASIL, 2015b).

5. SISTEMATIZAÇÃO DOS ACHADOS E TESTE DE HIPÓTESE

Os seis acórdãos que comentamos na Seção anterior apresentam a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao longo de um intervalo temporal de aproximadamente 14 anos, compreendidos entre outubro de 2001 e agosto de 2015. Dentre estes pronunciamentos, todos oriundos da Primeira Seção (Direito Público), notamos que apenas um, o AgRg no Ag 822764/MG, publicado em 02 de agosto 2007, é procedente da Primeira Turma, todos os demais tendo sido prolatados pela Segunda Turma integrante daquele Colegiado.

Aludido acórdão do ano de 2007 pode ser situado como o último de uma série de três pronunciamentos em que o STJ se posicionou de forma contínua pela aplicação do regime objetivo de responsabilidade às omissões estatais. Em 22 de outubro do mesmo ano de 2007, porém, a Segunda Turma, que havia assentado a jurisprudência da Corte neste sentido, resvalou desta direção e adotou a teoria subjetiva no julgamento do REsp nº 647.493/SC. Observamos anteriormente que esta virada jurisprudencial não foi acompanhada de qualquer diálogo com os precedentes, é dizer, de qualquer esforço argumentativo tendente a superar as *rationes decidendi* anteriormente adotadas. Ademais, não houve voz discordante à do Min. Relator, muito embora alguns Ministros que tomaram parte naquele julgamento também houvessem participado dos julgamentos anteriores. De toda forma, esta mudança de orientação se revelou efêmera: pouco mais de três anos após, em dezembro de 2010, foi julgado o REsp nº 1.071.741/SP, ocasião em que foi retomada a orientação original. O último acórdão da série, de 2015, corrobora este retorno à teoria objetiva.

A evolução acima relatada está sintetizada na seguinte tabela:

TABELA 1 – RELAÇÃO DOS ACÓRDÃOS SELECIONADOS COM CLASSIFICAÇÃO DO REGIME DE RESPONSABILIDADE ADOTADO

Número do acórdão	Turma Julgadora	Regime de Responsabilidade
REsp nº 28.222/SP - 2001	Segunda Turma	Objetivo
REsp nº 604.725/PR - 2005	Segunda Turma	Objetivo
AgRg no Ag nº 822.764/MG - 2007	Primeira Turma	Objetivo
REsp nº 647.493/SC - de 2007	Segunda Turma	Subjetivo
REsp nº 1.071.741/SP - 2010	Segunda Turma	Objetivo
AgRg no REsp nº 1.417.023 - 2015	Segunda Turma	Objetivo

FONTE: O AUTOR (2016).

Com estas observações poderíamos concluir o teste de hipótese de nosso trabalho aduzindo que não há, no presente, divergência jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao regime jurídico aplicável à responsabilidade civil-ambiental do Estado por omissão do dever de fiscalização e controle, sendo esta responsabilidade objetiva, ilimitada, solidária e de execução subsidiária, sendo, ademais, imprescritível a respectiva pretensão indenizatória.

Esta conclusão pode ser tida como válida se for levada em consideração tão-somente a opção teórica ostensivamente feita no corpo dos votos e nas ementas dos acórdãos. Nossa análise, porém, não se restringe somente a este plano, impedindo que o teste de hipótese do trabalho se encerre da maneira acima formulada: conforme dito ao final da Seção 3.2, interessa-nos compreender o modo concreto de operação das teorias no desenrolar da argumentação dos Ministros, o que apenas será possível com a apreensão das verdadeiras premissas teóricas que dão sustentação aos ditos pronunciamentos. Esta análise crítica poderá nos permitir, *in casu*, desvelar eventuais discordâncias ocultas sob o manto da adesão à teoria objetiva ou, inversamente, uma comunhão de entendimento disfarçada sob a aparência da divergência jurisprudencial, evitando, portanto, que as impressões obtidas pelo exame perfunctório interfiram na correção de nossas conclusões, fazendo passar despercebidas divergências de fundo entre a teoria nominalmente adotada e aquela efetivamente utilizada no processo decisório.

Infelizmente, porém, dois dos acórdãos comentados não se prestam a esta análise mais aprofundada, dada a natureza esquemática e pouco elaborada da discussão travada nestes, no tocante à questão que nos interessa³⁴. No tocante aos demais, todavia, vislumbramos alguns elementos aptos a subsidiar esta discussão, elementos que, embora possuam às vezes natureza meramente indiciária, são todos apoiados na argumentação concretamente elaborada pelos Ministros.

Notemos, com este propósito em mente, que não houve um único acórdão sequer em que a Fazenda Pública não fosse condenada ao final. Esta observação poderia despertar a indagação sobre o quão relevante, efetivamente, é a discussão em testilha, uma vez que o resultado prático dos julgados, independentemente da teoria adotada, foi sempre o mesmo. Esta consistência nos resultados deveria direcionar nossa atenção à busca de um eventual fio condutor que esteja

³⁴É o caso do REsp nº 604.725/PR (BRASIL, 2005b) e do AgRg no REsp nº 1.417.023 (BRASIL, 2015b), segundo e terceiro acórdãos da série.

perpassando os pronunciamentos do STJ, o qual, conforme se passa a demonstrar, se manifesta pelo recurso, sempre implícito, à teoria do risco integral toda vez que se insinua uma causa excludente da responsabilidade pública.

Conforme visto na Seção 3.3, as chamadas teorias do risco buscam legitimar a utilização do conceito de “risco” como fundamento da responsabilização civil objetiva. Vimos, outrossim, que, em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, o “risco-administrativo” transparece como a doutrina padrão a informar esta responsabilidade, dando azo, portanto, a uma imediata associação entre ambos os conceitos – “risco-administrativo” e “responsabilidade civil objetiva do Estado”. Em vista destas observações, seria de se esperar que, acaso estivesse o STJ efetivamente se valendo do risco-administrativo como doutrina informadora da responsabilidade pública, deveria esta Corte, desde que desafiada, enfrentar e eventualmente admitir as causas excludentes de responsabilidade *in abstracto* encampadas por esta teoria, quais sejam, a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Há, no entanto, pelo menos dois acórdãos em nossa série que, por não admitirem tais circunstâncias elisivas do dever indenizatório, parecem pôr em dúvida aquela imediata identificação no caso específico das omissões em matéria ambiental, efetivamente indicando a adoção, pela Corte, de um regime mais próximo ao do risco integral.

No julgado inaugural da série, o REsp nº 28.222/SP, vimos que a omissão do Poder Público não foi tratada com a especificidade que lhe dispensa a doutrina. Com efeito, pela argumentação da Relatora, Min. Nancy Andrichi, tem-se a impressão de que o regime jurídico aplicável às omissões é objetivo como que “por arraste”, devido ao fato de ser esta a modalidade incidente em matéria ambiental, característico do regime especial. A Relatora, a bem da verdade, não se dedica sequer a descrever em que consistiria a omissão do Estado, uma vez que, naquele caso, o Poder Público havia se afastado da prestação direta do serviço público cuja má-prestação ocasionou o dano.

Ora, neste caso, a execução do serviço público havia sido atribuída a empresa concessionária e não houve no acórdão qualquer discussão quanto a eventual irregularidade incorrida pelo Estado no processo de delegação da atividade ou de seu acompanhamento. Assim sendo, se houve culpa, esta foi exclusiva da empresa executora do serviço; nada obstante, este fato foi desimportante na condenação da Fazenda Pública Estadual. A especificidade do regime jurídico

ambiental teve aqui, por efeito, a exclusão da regra de que o Estado somente responde, em se tratando de concessão de serviço público, de forma subsidiária e em caso de insolvência do concessionário.

Não é outra, em resumo, a conclusão a que se pode chegar, senão a de que o regime jurídico tem, na prática, as feições da responsabilidade objetiva por risco integral: a responsabilidade patrimonial do Estado, em se tratando de lesão ao meio ambiente, é comprometida mesmo que não se vislumbre nexo causal entre sua conduta e o dano, contrariamente ao que se daria no regime comum das concessões. Em outras palavras: o Poder Público poderá sempre ser responsabilizado, como consequência de suas atribuições de proteção ambiental, por qualquer dano infligido ao meio ambiente.

Esta é também a impressão que se extrai do último acórdão da série; o rigor da teoria do risco integral, porém, aqui se manifesta no caráter da solidariedade intrafederativa. No AgRg no REsp nº 1.417.023, de 2015, o IBAMA sustentou a tese de que, “embora a competência para fiscalizar seja comum a todos os entes da Federação”, era “possível identificar no caso concreto a que ente incumbe o poder/dever ordinário de fiscalizar” (BRASIL, 2015b). Sua condenação, naquele caso, implicaria a condenação de órgão com atuação meramente supletiva³⁵. Ora, esta argumentação não foi enfrentada pela Corte: reiterou-se que a cláusula da competência comum impõe também a responsabilização comum de todos os entes da Federação, visto não haver falar, nesta seara, em competência exclusiva. Em suma, fez-se *tabula rasa* da possibilidade de efetivamente haver, *in casu*, órgão estadual integrante do SISNAMA com competência específica para o licenciamento e a fiscalização do empreendimento em questão.

Não se pode ignorar que estas conclusões são consistentes com o que dispõe a Lei Complementar nº 140 de 2011: embora referida lei, regulamentando os incisos III, VI e VII e o parágrafo único do art. 23 da Constituição, estabeleça critérios

³⁵Segundo o art. 15 da Lei Complementar nº 140/2011, os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses: “I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação; II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos”. (BRASIL, 2011)

para a discriminação das competências de controle e fiscalização ambiental entre os diferentes níveis de governo (incisos XIII dos arts. 7º, 8º e 9º), criando inclusive uma identificação entre o órgão responsável pelo licenciamento de um dado empreendimento e aquele competente para a lavratura do auto de fiscalização (art. 17, *caput*), o parágrafo 3º, do art. 17, relembra que estas disposições não afastam a natureza comum das atribuições fiscalizatórias a serem exercidas conjuntamente pelos entes federativos, nos termos do art. 23 da CF/88.

O que interessa aqui, porém, é o fato de que a competência comum parece, em sua utilização pelo STJ, estar efetivamente eliminado a possibilidade de exclusão da responsabilidade de qualquer ente da federação em suas relações internas: trata-se o Estado de forma unitária e estende-se, como consequência, a todos os níveis de governo o nexo causal existente entre o dano e a omissão de qualquer deles. Assim, exemplificativamente, caso o dano ambiental tenha ocorrido em área que esteja sob a gestão do Estado, ou esteja relacionado a empreendimento sob a competência licenciatória deste, poderá também ser responsabilizado o Município e/ou a União Federal – não havendo possibilidade de exclusão da responsabilidade destes em face daquele, com alegações como a de culpa exclusiva do primeiro, tem-se os contornos próprios da teoria do risco integral.

Estes dois acórdãos são internamente coerentes com a teoria objetiva ao não dedicarem espaço à discussão da culpa da Administração Pública. Dois outros arestos da série, porém, diferem desta abordagem ao dispensarem especial preocupação com a configuração da culpa administrativa.

O primeiro deles não causa surpresa: trata-se do REsp nº 647.493/SC, único em que houve adoção expressa da teoria subjetiva. Após aduzir que, sob a teoria empregada, “a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido por imposição legal” (BRASIL, 2007b), o Min. Relator João Otávio de Noronha procede, em seguida, a inventariar as disposições legais e constitucionais que conformam este dever legal de agir, na linha do pensamento de Bandeira de Mello e de Justen Filho, conforme visto anteriormente, para, ao final, esposar as conclusões do acórdão recorrido no sentido de “a União foi omissa no

dever de fiscalização, permitindo às mineradoras o exercício de suas atividades extrativas sem nenhum controle ambiental”³⁶ (BRASIL, 2007b).

Ocorre que, também no REsp nº 1.071.741/SP, a argumentação utilizada segue, surpreendentemente, itinerário semelhante à apresentada acima. Embora o Min. Relator Herman Benjamin tenha feito constar em seu voto que, no caso, “não há porque investigar culpa ou dolo do Estado, pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva” (BRASIL, 2010b), esta afirmação parece despojada de qualquer efeito prático, uma vez que o magistrado demonstra grande empenho em evidenciar concretamente a ocorrência de ilícito administrativo omissivo, recorrendo a conceitos associados à teoria subjetiva e condicionando a responsabilização do Erário ao não atendimento de um padrão legal exigível.

Quando, no voto do Relator, lê-se que “é forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia” ou, ainda, que “responde pelo dano ambiental a Administração (e o Administrador) que (...) atua apenas cosmeticamente, para salvar aparências, diante de degradação em via de acontecer, que está acontecendo ou que já aconteceu” (BRASIL, 2010b), pode-se indagar se, não fosse este o caso, ou seja, acaso não houvesse a Administração Pública se mantido inerte, agido de forma deficiente, tardia ou apenas cosmeticamente, e ainda assim houvesse ocorrido o dano, estaria ela, nesta hipótese, isenta de responsabilidade?

Veja-se que, embora adotada nominalmente tenha sido a teoria objetiva, pode-se concluir que as premissas contidas na argumentação do Ministro são inteiramente consistentes com a doutrina da falta de serviço. Não se pretende, com esta conclusão, afirmar que o Min. Herman Benjamin viria efetivamente a adotar a teoria subjetiva em casos futuros em que o ilícito administrativo não estivesse concretamente configurado nos autos, como o esteve neste caso, mas apenas que, no caso em apreço, o texto do julgado é conducente à ilação de que a prova da

³⁶Neste aresto foi também feita uma relevante indicação à teoria do *risco-proveito* quando o Relator, buscando debelar a tese da auto-indenização, recorre ao fato de que a atividade de extração do carvão repercutia em *benefício geral* da sociedade brasileira. É talvez indicativa de uma confusão conceitual o que parece uma invocação a uma teoria do *risco* em um acórdão que se vale da teoria subjetiva. De toda forma, este arrazoado aparece como apoio à equiparação feita pelo Relator entre as figuras do poluidor e do usuário e pode ser entendido como um *obiter dictum* cunho mais moral do que propriamente jurídico; com efeito, a configuração do ilícito sob o viés da teoria subjetiva transparece como a verdadeira *razão eficiente* para a condenação da Fazenda Pública.

ocorrência da culpa administrativa sob a perspectiva daquela teoria foi utilizada como razão de *per se* suficiente para a condenação do Estado, tornando irrelevantes, no plano prático, as observações posteriormente tecidas quanto ao regime da responsabilidade objetiva.

Feitas estas considerações, podemos agora reformular a tabela anteriormente apresentada, inserindo, desta vez, ao lado direito da coluna indicativa da doutrina ostensivamente aplicada, uma outra destinada a apresentar o resultado deste exame crítico tendente a desvelar a teoria efetivamente operante nos acórdãos da série:

TABELA 2 - RELAÇÃO DOS ACÓRDÃOS SELECIONADOS COM CLASSIFICAÇÃO DA TEORIA OPERANTE NAS RAZÕES DE DECIDIR

Número do acórdão	Regime de Responsabilidade	Teoria em operação
REsp nº 28.222/SP - 2001	Objetivo	Objetivo – Risco Integral
REsp nº 604.725/PR - 2005	Objetivo	Inconclusivo
AgRg no Ag nº 822.764/MG - 2007	Objetivo	Inconclusivo
REsp nº 647.493/SC - de 2007	Subjetivo	Subjetivo com sugestão, em <i>obter dictum</i> , do Risco-Proveito
REsp nº 1.071.741/SP - 2010	Objetivo	Subjetivo
AgRg no REsp nº 1.417.023 - 2015	Objetivo	Objetivo – Risco Integral

FONTE: O AUTOR (2016).

O cotejo entre ambas as colunas demonstra três fatos dignos de nota: por um lado, temos aqueles acórdãos em que não foi possível detalhar a teoria adotada por ausência de elementos suficientes extraíveis do corpo do texto – assinalamos, para eles, “inconclusivo” como o resultado da análise crítica. Em segundo, temos dois casos em que a teoria do risco integral foi aplicada sem um reconhecimento explícito pelos julgadores, que se limitaram a designar por objetiva a doutrina esposada. Por fim, temos um caso de autêntica desconformidade para o REsp nº 1.071.741/SP em que as razões da decisão são mais consistentes com a teoria subjetiva.

Do exposto, pode-se concluir que a análise crítica dos julgados, para além do plano superficial das ementas e da simples classificação quanto ao regime de responsabilidade adotado, se mostrou fecunda em nossa investigação, ao revelar divergências indetectáveis em uma análise baseada unicamente naquele nível de análise. Em termos práticos, podemos concluir este trabalho com uma parcial confirmação da hipótese lançada (Seção 1), nos seguintes termos:

Não há, no presente, divergência nominal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao regime jurídico aplicável à responsabilidade civil-ambiental do Estado por omissão do dever de fiscalização e controle, sendo esta responsabilidade objetiva, ilimitada, solidária e de execução subsidiária, sendo, ademais, imprescritível a respectiva pretensão indenizatória. Subsiste, contudo, uma divergência de fundo quanto às teorias informadoras das razões de decidir dos Ministros, de forma que estes fundamentam suas decisões ora pela falta de serviço (responsabilidade subjetiva), ora, mesmo que implicitamente, pela teoria do risco-integral (responsabilidade objetiva).

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo investigar a hipótese de haver uma divergência jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao regime jurídico aplicável à responsabilização civil-ambiental do Estado por omissão no cumprimento de suas atribuições de controle e fiscalização. A efetiva existência de um dissenso foi lançada como a hipótese a ser testada ao final da investigação (Seções 1 e 2).

Com este propósito em mente, foi inicialmente dado um enfoque histórico ao instituto da responsabilidade civil do Estado, em que foi relatado o seu desenvolvimento através das eras da irresponsabilidade, da responsabilidade subjetiva e, por fim, a da contemporânea era da responsabilidade objetiva (Seções 3.1 e 3.2). Em seguida, foram examinadas as principais teorias do risco que buscam informar a doutrina da responsabilidade objetiva (Seção 3.3) e o pensamento de autores brasileiros que advogam a tese da inaplicabilidade desta para o caso específico das omissões estatais (Seção 3.4).

Na Seção 4, procedemos ao exame crítico do inteiro teor de seis acórdãos oriundos do STJ em que foi enfrentada a questão objeto da investigação e, na Seção 5, sistematizamos os julgados conforme, por um lado, as teorias ostensivamente utilizadas e, por outro, aquelas que transparecem como efetivamente operantes no plano decisório.

A análise crítica assim conduzida nos permitiu concluir que, embora não haja, atualmente, dissenso no plano nominal das teorias adotadas, ainda assim foi possível constatar uma divergência de fundo quanto às teorias informadoras das razões de decidir dos Ministros, de forma que estes fundamentam suas decisões ora pela falta de serviço (responsabilidade subjetiva), ora, mesmo que implicitamente, pela teoria do risco-integral (responsabilidade objetiva), o que configura uma parcial confirmação da hipótese lançada.

Esta divergência de fundo, embora não tenha repercutido de maneira prática até o presente – dado que a Poder Público não logrou se eximir da responsabilidade por dano em nenhum dos julgados analisados – pode eventualmente remontar à superfície em julgados futuros, se desafiado o STJ a decidir contrariamente às categorias argumentativas utilizadas em suas *rationes decidendi*.

Ultrapassa o escopo monográfico do presente trabalho investigações mais aprofundadas que, recomenda-se desde já, precisam ser realizadas quanto à temática, especialmente com a utilização das teorias da decisão judicial (exemplificativamente, aplicando às razões de decidir dos Ministros as fórmulas argumentativas de Robert Alexy, no intuito de revelar sua composição lógico-argumentativa) e, também, através da categorização dos elementos racionais mínimos e necessários à tomada da decisão judicial, teoria a teoria (exemplificativamente, se conduta, dano, nexa e culpa; se somente conduta, dano e nexa; se somente conduta e dano, para cada uma das teorias), revisitando os julgados, bem como outros que, porventura, forem publicados quanto à matéria, aplicando-se lhes a classificação ou a categorização de seus argumentos, de forma a identificar, através de um método bem definido, a composição do núcleo argumentativo, os *obiter dicta* e os argumentos que estão sendo, com efeito, utilizados em desacordo com a matriz teórica de fundo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Grupo Gen; Editora Forense, 2011.

ANTUNES, P. B. **Direito Ambiental**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and Administrative Law**. 13ª ed. Londres: Pearson, 2003.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui-caocompilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art.

1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 jan. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9433.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 28.222. Brasília, DF, 15 out. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199200261175&dt_publicacao=15/10/2001>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 2005a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.725. Brasília, DF, 22 ago. 2005b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301954005&dt_publicacao=22/08/2005>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 822.764. Brasília, DF, 02 ago. 2007a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602038002&dt_publicacao=02/08/2007>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 647.493. Brasília, DF, 22 out. 2007b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400327854&dt_publicacao=22/10/2007>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 ago. 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.071.741. Brasília, DF, 16 dez. 2010b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801460435&dt_publicacao=16/12/20106>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei Complementar nº 140 de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mai. 2012a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.236.863. Brasília, DF, 27 fev. 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100283750&dt_publicacao=27/02/2012>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mai. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.417.023. Brasília, DF, 25 ago. 2015b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303716380&dt_publicacao=25/08/2015>. Acesso em: 27 jul. 2016.

CARVALHO, M. A. S. **Privatização, Dívida e Déficit Públicos no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2001. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0847.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2016.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, A. **Responsabilidade Civil do Estado**. Tomo I. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1957.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSULAT FRANÇAIS. Constitution du 22 Frimaire An VIII. 13 dez. 1799. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HARLOW, C. R. **Administrative liability: a Comparative Study of French and English Law**. 360 fl. Tese (Ph. D.) – The London School of Economics and Political Science (LSE), Londres, 1979.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KURUKULASURIYA, L.; ROBINSON, N. A. **Training Manual on International Environmental Law**. Prefácio do Dr. Klaus Töpfer. Nairobi: Division of Policy Development and Law, United Nations Environment Programme, 2006. Disponível em: <http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/training_Manual.pdf>. Acesso em: 2 set. 2016.

LIMA, A. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAIA, D. M. et al. **Teoria Geral da Responsabilidade Civil**. Série Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. 211 p.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 910 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP). **Declaração de Estocolmo ou Declaração sobre o Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972, 4 p. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission). **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. Estocolmo, 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. United Nations Conference on Environment and Development (Rio 92). **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SERPA LOPES, M. M. **Curso de Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.